

Die Strafschärfung nach § 20 a StGB
und die Strafe bei den Rückfalltaten

Herwig Dörrbecker

1961

Die Strafschärfung nach § 20 a StGB
und die Strafe bei den Rückfalltaten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Herwig Dörrbecker

1 9 6 1



Referent: Professor Dr.jur. Dr.med.h.c.Karl Engisch

Correferent: Professor Dr.jur. Reinhart Maurach

g der mündlichen Prüfung 22. Dez. 1961

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
T e i l I	
A. Die Strafe im System des geltenden Strafrechts	3
1. Vorwort und Klärung der zu verwendenden Begriffe	3
2. Die Notwendigkeit der Strafe	5
3. Die Strafrechtstheorien und ihre Auffassungen über Wesen und Zweck der Strafe:	6
a) die absoluten Theorien	7
b) die relativen Theorien	9
c) die Vereinigungstheorien	11
4. Die heute herrschende Auffassung über das Wesen und die Zwecke der Strafe	14
a) Der Inhalt der Begriffe "Vergeltung" und "Sühne" und ihr Verhältnis zueinander	15
b) Die herrschende Lehre	18
c) Die Rechtsprechung	25
5. Zusammenfassendes Ergebnis der bisherigen Erörterungen und Vorschau	27
T e i l II	
B. Die Strafschärfung nach § 20 a	29
1. Die für die Erkenntnis des Wesens der Strafschärfung in § 20 a entscheidenden Merkmale	30
a) Der Begriff der Gewohnheit	30
b) Die verbrecherische Gewohnheit in § 20 a	32
c) Das Merkmal der Gefährlichkeit	36
aa) Die Gefahr im allgemeinen	36
bb) Die Gefährlichkeit im besonderen Falle des § 20 a	37

d) Der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in seiner Gesamtheit	41
e) Die Symptomtaten	42
2. Die Schuld und ihre Wandlung	47
3. Die Vereinbarkeit der Strafschärfung des § 20 a mit dem Schuldstrafrecht	55
a) Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher als Kriterium unter dem Blickpunkt der Theorien von der Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld	55
b) Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher als Kriterium unter dem Blickpunkt der Theorie einer Charakterschuld	64
4. Die Meinungen in der Literatur über die Strafe in § 20 a	69
5. Die Rechtsprechung zur Strafschärfung des § 20 a	81
6. Einzelproblem: Der Zeitpunkt der Feststellung der Gefährlichkeit des Gewohnheitsverbrechers nach § 20 a	83

T e i l I I I

C. Die Strafe bei den Rückfalltaten	89
1. Die Rückfallbestimmungen im allgemeinen und Problemstellung	89
2. Die Vorläufer des StGB und ihre Bedeutung für das gestellte Problem	92
a) Die Partikulargesetze	92
b) Die Regelungen der Partikulargesetze und deren Bedeutung für das geltende Recht	95
3. Die Ratio der Rückfalltaten im geltenden Recht	98
a) Die Rückfalltaten vom Blickpunkt des § 20 a her gesehen	98
b) Die Funktion der Rückfallvoraussetzungen. Tatumstände i.S. des § 59 oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit?	100

c) Die Bedeutung des § 263 III StPO und die Stellung der Rechtsprechung zu diesem Problem	103
4. Die Rückfallstrafe	105
a) Eigene Stellungnahme in Form einer Gegenüberstellung mit der verbrecherischen Gewohnheit	105
b) Die Behandlung der Rückfallstrafe in der Rechtsprechung	107
c) Kritische Darstellung der Auffassungen in der Literatur über die Rückfallstrafe	111

T e i l I V

D. Die Stellung des Entwurfs 1960 zu den bisher behandelten Problemen	118
I. Die Strafe im Entwurf 1960	118
1. Keine Strafe ohne Schuld? Die grundsätzliche Stellung des Entwurfs 1960 zum Schuldstrafrecht	119
a) Der § 2 des Entwurfs 1959 I als Kriterium	119
b) Die Bedeutung des § 60 Entwurf 1960	122
2. Das Verhältnis von Strafe und Schuld im Entwurf 1960	124
a) Die Spielraumtheorie	126
b) Die Lösungswege	129
c) Die Unterschreitung der Schuldgrenze	134
d) Die Möglichkeit einer Überschreitung der Schuldgrenze	138
e) Zusammenfassung und Kritik	140
3. Die Idee der Lebensführungsschuld im Entw. 1960	142
II. Der Wegfall des § 20 a und die Rückfallneuregelung im Entwurf 1960	145
1. Die Vorschrift des § 85 Entwurf 1960	146
2. Die Rückfallneuregelung des § 61 im Entw. 1960	148
a) Die formellen Voraussetzungen des Rückfalls im Entwurf 1960	149
b) Die Strafe des Rückfalls im § 61 Entwurf 1960	150
3. Der Lösungsweg	155

Literaturverzeichnis

- Allfeld, Philipp, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil 9.Aufl., Leipzig 1934 (Allfeld,
Der Gewohnheitsverbrecher im künftigen Strafrecht, in Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden 1914, Bd.6, S.16 ff.
- Ancel, Marc, La Défense Sociale Nouvelle (un mouvement de politique criminelle humaniste), Paris 1954
- Arndt, Adolf, Das Strafmaß, in SJZ 1946/30 ff.
- v.Bar, Ludwig, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882
- Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, Bielefeld 1960 (Dieses Werk konnte wegen des Zeitpunkts seines Erscheinens nur noch in Anmerkungen Verwendung finden).
- Bayerl, Hans, Der Vorsatz des Rückfall- und Gewohnheitsverbrechers, Diss.München 1954
- Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, Berlin 1922
Grundzüge des Strafrechts, 11.Aufl., Tübingen 1930
- Berner, Albert Friedrich, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18.Aufl., Leipzig 1898
Archiv für Kriminalrecht, 1845, S.144 ff.
- Bewerunge, Helma, Das Gewohnheitsverbrechen, Diss.Bonn 1937
- Binding, Karl, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7.Aufl., Leipzig 1907

- Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.II,¹ (Die Schuld), Leipzig 1914
- Bindokat, Heinz, Zur Rückfallstrafe de lege ferenda, in ZStW 71/281 ff.
- Birkmeyer, Karl, Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafzumessung, Leipzig 1914
- Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht "Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen", Leipzig 1909
- Bockelmann, Paul, Studien zum Täterstrafrecht Teil I Berlin 1939 und Teil II Berlin 1940 (Bockelmann, Studien I oder II)
- Zur Reform des Strafsystems, in JZ 1951/494 ff.
- Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?, in Mat.I, S.29 ff.
- Breetzke, Karl, Der Berliner Juristentag und das Problem der gerechten Strafe, in DRiZ 1955/289 f.
- Bruns, Hans-Jürgen, Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, in NJW 1956/241 ff.
- Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf 1956, ZStW 71/210 ff.
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37.Aufl., Berlin 1961
- Delaquis, Ernst, Soziale Verteidigung und Umbildung des Strafrechts, in MiKV, Bd.17/110 ff.
- Dreher, Eduard, Über die gerechte Strafe, Heidelberg 1947
- Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, in ZStW 65/481 ff.
- Bericht über die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, in ZStW 66/568 ff.

- Dreher, Eduard, Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe, in GA 1953/129 ff.
- Dreher-Maassen, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 3. Aufl., München u. Berlin 1959 (Dreher-Maassen)
- Dünnebier, Hanns, Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßnahmen, in ZStW 65/449 ff.
- Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßnahmen im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs, in ZStW 72, Heft 1/2, S. 32 ff.
- Effertz, Josef, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 218, Breslau 1927
- Engisch, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
- Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Der finale Handlungsbegriff, in Festschrift für Kohlrausch, S. 141 ff.
- Literaturbericht zu Bockelmanns Werk "Studien zum Täterstrafrecht" Bd. I, in ZStW 59/661 ff.
- Zur Idee der Täterschuld (Kritische Betrachtungen zu Paul Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil), in ZStW 61/166 ff.
- Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?, in ZStW 66/339 ff.
- Exner, Franz, Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe, in Festschrift für Kohlrausch, Berlin 1944, S. 24 ff.
- Die Theorie der Sicherungsmittel, Berlin 1914
- Kriminologie, 3. Aufl., Berlin 1949

- Exner, Franz, Die psychologische Einteilung der Verbrecher, in SchwZeitschr.StR, Bd.38, S.1 ff.
- Feuerbach, Anselm, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Gießen und Wetzlar 1808
- Finger, August, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, in GerS Bd.104, S.176 ff.
- v.Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., Tübingen 1931 (Frank)
- Freudenthal, Berthold, Unbestimmte Verurteilung, in VDA Bd.3, S.245 ff.
- Frey, Erwin, Strafrecht oder soziale Verteidigung?, in Schw.Zeitschr.StR., Bd.68, S.405 ff.
- Gallas, Wilhelm, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, Berlin und Leipzig 1931
Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, in ZStW 60/374 ff.
- Geerds, Friedrich, Die Bekämpfung der Berufs- und Gewohnheitsverbrecher und die Behandlung des Rückfalls, in Mat.II, Allgemeiner Teil, S.175 ff.
- Gerland, Heinrich, Deutsches Reichsstrafrecht, Lehrbuch, 2.Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Geyer, August, Geschichte und System der Rechtsphilosophie in Grundzügen, Innsbruck 1863
- Grünhut, Max, Gefährlichkeit als Schuldmoment, in Beiheft 1 zu MonKrimPsych, Bd.17, S.87 ff.
Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf, in ZStW 71/521 ff.
- Hall, Alfred, Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, in ZStW 66/77 ff.
Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, in ZStW 70/41 ff.

- Hartung, Fritz Rückfallvoraussetzungen und Vorsatz,
in NJW 1950/939 ff.
- Hegel, Georg Friedrich Wilhelm,
Grundlinien der Philosophie des Rechts,
Bd.XII, 4.Aufl., herausgegeben von Johan-
nes Hoffmeister, Hamburg 1955
- Heinitz, Ernst, Strafzumessung und Persönlichkeit,
in ZStW 63/57 ff.
- Der Ausbau des Strafsystems,
in ZStW 65/26 ff.
- Der Entwurf des Allgemeinen Teils
des Strafgesetzbuches vom kriminal-
politischen Standpunkt aus,
in ZStW 70/1 ff.
- Der Strafzweck bei der richterlichen
Strafbemessung mit besonderer Berück-
sichtigung der deutschen Entwürfe,
in ArchRuWPhil, Bd.22, S.259 ff.
- Herbart, Friedrich, Praktische Philosophie, 1808
- v.Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht I, Berlin 1925
(v.Hippel, DStR I)
- Deutsches Strafrecht II, Berlin 1930
(v.Hippel, DStR II)
- Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
(v.Hippel, LB)
- Kant, Immanuel, Metaphysische Anfangsgründe der
Rechtslehre, Leipzig 1797
- Kestel, Kurt, Der Gewohnheitsverbrecher nach § 20a,
Diss.Erlangen 1935
- Klee, Karl, Der Tätertypus als Mittel der Ausle-
gung und der Gestaltung strafbarer
Tatbestände, in DStR 1940/97 ff.
- Kneisel, Walter, Rückfall und Gewohnheitsverbrecher
nach geltendem Recht und den Ent-
würfen Deutschlands, Österreichs
und der Schweiz, Diss. Bonn 1930
- Köhler, August, Die Schuld als Grundlage des Straf-
rechts, 2.Teil, in GerS.Bd.69/91 ff.
- Köhler, Heinz, Der Räuber, ein Tätertyp,
Diss. Heidelberg 1936

- Körbitz, Wolfgang, Die Täterpersönlichkeit im Strafrecht, Diss.München 1950
- Köstlin, Reinhold, System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil,, Tübingen 1855
- Koffka, Else, Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB ?, in JR 1955/322 ff.
- Kohlrausch, Eduard, Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs, in MIKV, Neue Folge, Bd.3, S.5 ff.
- Kohlrausch-Lange, Strafbgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, Kommentar 42.Aufl., Berlin 1959 (Kohlrausch-Lange)
- Kollmann, Horst, Der symptomatische Verbrechensbegriff, in ZStW 28/449 ff.
- Der Handlungsbegriff als Grundlage der herrschenden, insbesondere durch v.Liszt vertretenen Strafrechtssystematik, in Liszt-Festschrift, S.122 ff
- Kraus, Oskar, Das Recht zu strafen, Beiheft zu Gerf. Bd.79 (1911)
- Lange, Richard, Der gemeingefährliche Rausch, in ZStW 59/574 ff.
- Täterschuld und Täterstrafe, in ZStW 62/175 ff.
- Die Systematik der Strafdrohungen, in Mat.I, S.69 ff.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43.Deutschen Juristentag, Tübingen 1960
- Leipziger Kommentar, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Kommentar zum StGB, Bd.I u.II; 8.Aufl., Berlin 1957/58 (LK I oder LK II)
(Bei abweichender Auflage gesonderte Angaben)

- v.Liszt-Franz, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.I und II, Berlin 1905
- Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25.Aufl., Berlin und Leipzig 1927 (Liszt-Schmidt)
- Löwe-Rosenberg, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 20.Aufl., 1958
- Lotz, Ludwig, Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher, Diss. München 1939
- Mannheim, Hermann, Betrachtungen zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches, in ZStW 71/181 ff.
- Deutsche Strafrechtsreform in englischer Sicht, München u.Berlin 1960
- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2.Aufl., Karlsruhe 1958 (Maurach, AT)
- Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch, 3.Aufl., Karlsruhe 1959 (Maurach, BT)
- Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Wolfenbüttel und Hannover, 1948
- Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43.Deutschen Juristentag, Tübingen 1960
- Mayer, Gerhard, Die Behandlung des Kampfes gegen die Gewohnheitsverbrecher im Laufe der deutschen Strafrechtsreform, Diss. Würzburg 1936
- Mayer, Hellmuth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953 (H.Mayer, StR, AT)
- Mayer, Max-Ernst, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2.Aufl., Heidelberg 1923 (M.E.Mayer, LB)
- Meins, Helmut, Die unbestimmte Verurteilung im Jugendstrafrecht, Diss.Hamburg 1939
- Mezger, Edmund, Strafrecht, Lehrbuch, 3.Aufl., Berlin u.München 1949 (Mezger, LB)

Mezger, Edmund,

Deutsches Strafrecht, Grundriß,
2.Aufl., Berlin 1941 (Die 1.Aufl.
wird gesondert zitiert)
(Mezger, Grundriß)

Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stu-
dienbuch (Kurzlehrbuch), 9.Aufl.,
München und Berlin 1960
(Mezger, StuB,AT)

Strafrecht, Besonderer Teil, Studien-
buch (Kurzlehrbuch), 7.Aufl.,
München und Berlin 1960 (Mezger StuB,
BT)

Die subjektiven Unrechtselemente,
in GerS. Bd.89, S.207 ff.

Die Behandlung der gefährlichen Ge-
wohnheitsverbrecher, in MonKrimPsych
Bd.14, S.135 ff.

Moderne Strafrechtsprobleme, Marburg
1927

Kriminalpolitik und ihre kriminolo-
gischen Grundlagen, 3.Aufl.,München
1944

in DStR 1934 I, S.125 ff.

Die Reform des Strafrechts,
in ZStW 47/471 ff. (insbes.483 ff.)

Kriminologische Grundlagen von Stra-
fe und Sicherung im Strafgesetzent-
wurf 1927, in ZStW 49/171 ff.

Die Straftat als Ganzes,
in ZStW 57/675 ff.

Tatstrafe und Täterstrafe, insbeson-
dere im Kriegsstrafrecht,
in ZStW 60/353 ff.

Die Vereinheitlichung von Strafen
und sichernden Maßnahmen,
in ZStW 65/450 ff.

Strafzwecke und Strafzumessungsre-
geln, in Mat.I, S.1 ff.

Middendorff, Wolf,

Die Prognose im Strafrecht und in
der Kriminologie, in ZStW 72/Heft
1/2, S.108 ff.

- Mittermaier, Wolfgang, Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher, in VDA, Bd. 3, S. 321 ff.
- Motive zum Norddeutschen Entwurf, Berlin 1870
- Motive zum Entwurf 1960, Bonn 1960
- Nagler, Johannes Die Strafe, Leipzig 1918
- Verbrechensprophylaxe und Strafrecht, Leipzig 1911
- Niethammer, Emil, Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
- Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1942 (ab §§ 247 ff. 11. Aufl. 1927 mit Nachtragsband von 1936)
- Radbruch, Gustav, Die gesetzliche Strafänderung, in VDA, Bd. 3, S. 189 ff. (insbes. § 4: Rückfall oder Gewohnheitsmäßigkeit?, S. 204 ff.)
- Über den Schuldbegriff, in ZStW 24/333 ff.
- Reising, Hans, Das deutsche Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933 und die kriminalpolitischen Forderungen von Lombroso, Ferri und v. Liszt, Diss. München 1939
- Rietzsch, Otto, Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung, Berlin 1938
- Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, in DJ 1933/741 ff.
- Rittler Theodor, Strafbarkeitsbedingungen, in Festschrift für Frank, Bd. II, S. 1 ff.
- Sauer, Wilhelm, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., Berlin 1955
- System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln-Berlin 1954
- Die Vereinheitlichung von Strafen und Sichernden Maßnahmen, in DJ 1954/171 ff.

- Schäfer-Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Nachtrag zur 18. Aufl. von Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1936
- Schäfer-Wagner-Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, Berlin 1934 (Schäfer-Wagner-Schafheutle)
- Schereschewsky, Benno, Rückfall- und Gewohnheitsverbrecher im amtlichen Entwurf von 1925 und der Reichstagsvorlage von 1927 zu einem allgemeinen deutschen StGB, Diss. Königsberg 1930
- Schiedt, Robert, Ein Beitrag zum Problem der Rückfallprognose, Diss. München 1936
- Schmidt, Eberhard, Probleme des staatlichen Strafs in der Gegenwart, in SJZ 1946/204 ff.
Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, in ZStW 67/177 ff.
Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, in ZStW 69/359 ff.
- Schmidt, Richard, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., Leipzig 1925
- Schneidewin, Karl, Zur Lehre vom Strafmaß, insbesondere zu § 51 II StGB, in JZ 1955/505 ff.
- Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, 10. Aufl., München u. Berlin 1961. (Abweichende Auflagen werden besonders zitiert) (Schönke-Schröder)
- Scholz, Wolfgang, Der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers, Diss. Leipzig 1935
- Schröder, Horst, Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßnahmen, in ZStW 65/452 ff.
- Schwarz, Otto, Kommentar zur StPO und GVG, 22. Aufl., München und Berlin 1960

- Schwarz-Dreher, Kommentar zum StGB und Nebengesetzen, 23.Aufl., München u. Berlin 1961 (Schwarz-Dreher)
- Sieverts, Rudolf, Würde sich für ein neues StGB die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welchem Umfang? Wie wäre sie auszugestalten?, in Mat.I, S.107 ff.
- Spendel, Günter, Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurt 1954
- § 51 Abs.2 und das Problem der Strafzumessung, in NJW 1956/775 ff.
- Stahl, Friedrich, Die Philosophie des Rechts, Heidelberg 1830/37
- Tesar, Ottokar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Berlin 1907
- Der symptomatische Verbrechensbegriff, in ZStW 29/82 ff.
- Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld, in ZStW 32/379 ff.
- Twickel, Augustinus, Begriff und Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im geltenden deutschen Strafrecht, und Begriff und Behandlung der Gewohnheitsverbrecher im italienischen StGB von 1930, Diss.Erlangen 1935
- Verhandlungen des 28.Deutschen Juristentages
- v.Weber, Hellmuth, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 2.Aufl., Bonn 1948
- Wegner, Arthur, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1951
- Weiss, Herbert, Sicherungsmaßnahmen statt Strafe, Diss.Tübingen 1951
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 7.Aufl., Berlin 1960 (Welzel)
- Persönlichkeit und Schuld, in ZStW 60/428 ff.

Wenig, Hermann,

Der Täter und seine Tat,
Diss.Erlangen 1935

Würtenberger, Thomas,

Die unbestimmte Verurteilung,
in Mat.I, S.89 ff.

Ziegler, Hans,

Der Begriff des gefährlichen Ge-
wohnheitsverbrechers nach § 20 a
in juristischer und kriminologischer
Beziehung, Diss.München 1950

Abkürzungsverzeichnis

ArchRuWPhil	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BGH	= Bundesgerichtshof
DJ	= Deutsche Justiz
DRAnz	= Deutscher Reichsanzeiger
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRspr	= Deutsche Rechtsprechung
DStR	= Deutsches Strafrecht
DStRZ	= Deutsche Strafrechtszeitung
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht
GerS	= Der Gerichtssaal
HES	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift (ab 1939: DR = Deutsches Recht)
JZ	= Juristenzeitung
LM	= Lindenmeier-Möhring, Loseblattsammlung von BGH-Entscheidungen
Mat.	= Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MIKV	= Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung
MonKrimPsych	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift

OGH BZ	= Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
RG	= Reichsgericht
SchwZeitschrStR	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
VDA	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

E i n l e i t u n g

Die vorliegende Arbeit wird sich mit der Strafschärfung nach § 20a und der Strafe bei den Rückfalltaten befassen. Dabei soll jedoch von der Strafe als solcher im Gefüge unseres geltenden Rechts, von ihrem Wesen und ihren Zwecken ausgegangen werden. Diese Erörterungen müssen sich darauf beschränken, lediglich die wichtigsten Straftheorien, das Wesen und die Zwecke der Strafe nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung darzustellen. Diese Einschränkung bedarf einer Begründung:

Mit der Frage nach dem Wesen und den Zwecken der Strafe wird eine Grundfrage des gesamten Strafrechts angeschnitten, auf die im engen Rahmen dieser Arbeit, bei der das Hauptinteresse dem Wesen und der Wirkung der Strafschärfung nach § 20a und der Strafe bei den Rückfalltaten gewidmet sein soll, keine hinreichende Antwort gegeben werden kann. Die Grundfrage nach Wesen und Zwecken der Strafe im allgemeinen soll daher zwar gestellt, aber nicht als solche behandelt werden, d.h. es ist notwendig, geschichtliche und rechtsphilosophische Erörterungen über die Strafe wegzulassen.

Sinnvoll ist die Vorwegnahme von grundsätzlichen Betrachtungen über Wesen und Zwecke der Strafe im allgemeinen jedoch aus zwei Gründen:

Erstens wird dadurch vermieden, daß der Blick für die Strafe als Grundlage des gesamten Strafrechts dadurch getrübt wird, daß gleich mit ihrer Darstellung in den besonderen Fällen des § 20a und den Rückfalltaten begonnen wird, wo sie zum Teil Besonderheiten und inhaltsformende Neuerungen aufweist.

Weiter kann die Strafe als solche mit ihrer Ausgestaltung im neuen Strafrechtsentwurf besser verglichen werden, da nicht nur ihre Besonderheiten in § 20a und den Rückfalltaten zum Vergleich bereitstehen.

An diese Erörterungen über die Strafe im allgemeinen soll sich dann ihre Betrachtung in den besonderen Fällen des § 20a und der Rückfalltaten anschließen. Ganz am Schluß ist ein Vergleich der Strafe nach bisher geltendem Recht und ihrer Aus-

gestaltung im Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch vorgesehen. Damit ist der Gang der Arbeit in seinen großen Zügen aufgezeigt:

- A. Das Grundproblem der Strafe - ihr Wesen und ihre Zwecke im Rahmen des geltenden Strafrechts
- B. Die Strafschärfung nach § 20a
- C. Die Strafe bei den Rückfalltaten
- D. Vergleich der Strafe des geltenden Rechts mit ihrer Regelung im Entwurf zum neuen StGB mit einem besonderen Blick auf die Rückfallneuregelung.

Innerhalb dieser den großen Rahmen bildenden Hauptpunkte der Arbeit sollen dann weitere differenziertere Betrachtungen angestellt werden. Probleme, die sich aus dem besonderen Wesen und den besonderen Zwecken der Strafschärfung nach § 20a und bei den Rückfalltaten ergeben, sollen an entsprechender Stelle dargestellt und auf ihre neuen Gedanken hin überprüft werden.

Es kommt hierbei darauf an, und das ist eines der Hauptanliegen der Arbeit, die Strafe als solche den Besonderheiten, die sie in § 20a und den Rückfalltaten aufweist, gegenüberzustellen, die Unterschiede aufzuzeigen und so einen Beitrag dafür zu liefern, wie die Strafe als solche und ihre Verschärfung bei Deliktswiederholung im künftigen Strafrecht behandelt und umgrenzt werden sollte.

T e i l I

A. Die Strafe im System des geltenden Strafrechts

1. Vorwort und Klärung der zu verwendenden Begriffe

An dieser Stelle geschichtliche Erörterungen in Form einer Übersicht über die Entwicklung des Strafbegriffs und damit der mannigfachsten Theorien über die Strafe anzustellen, würde zwar dem Sinn und Zweck der vorliegenden Arbeit insofern nicht widersprechen, als dadurch aufgezeigt würde, wie umstritten seit alters her der Begriff der Strafe ist, welcher ein bedeutsamer Meinungswandel im Laufe der Zeit eintreten kann und wie mitbestimmend für die Auffassungen über das Wesen des Strafbegriffs die einzelnen geistesgeschichtlichen Epochen sind¹⁾.

Eine solche Übersicht könnte aber, wenn sie dem oben genannten Zweck gerecht werden sollte, doch nicht auf eine gewisse Ausführlichkeit verzichten. Zu einer solchen Betrachtung gehörte vor allem auch die rechtsphilosophische Darstellung der Auffassungen der einzelnen Epochen²⁾.

Obengenannte Ausführungen würden aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es soll deshalb auf sie verzichtet werden.

Ganz ohne begriffliche Klärung ist es nicht möglich, die Strafe einer Würdigung zu unterziehen; denn es wird sich zeigen, daß in den literarischen Erörterungen ebenso wie in den höchst-richterlichen Entscheidungen da, wo entscheidende Probleme

1) Eingehende geschichtliche Darstellungen dieser Auffassungen geben:

- a) v.Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882, S.201 ff.
- b) Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, S.202 ff.
- c) Nagler, Strafe, 1918, S.120 ff.
- d) v.Hippel, Deutsches Strafrecht I, 1925, S.460 ff.

2) So bei Kraus (Das Recht zu strafen, GerS Bd.79, Beiheft 11)

des staatlichen Strafens berührt werden, Worte und Benennungen verwendet werden, deren Sinn keineswegs eindeutig und klar ist. Solche Darlegungen lassen daher den Leser den Sinn dieser Begriffe mehr erfüllen oder errahnen als eindeutig verstehen.

In den verschiedensten Abhandlungen werden die Begriffe "Wesen"¹⁾, "Sinn"²⁾, "Rechtsgrund"³⁾ und "Berechtigung"⁴⁾ zu Anfang der Erörterungen über die Strafe gebraucht.

Alle diese Begriffe wollen im Grunde auf das gleiche hinaus. Sie sollen die Vokabel darstellen, die der Ausgangspunkt für die Untersuchung sein soll, was die Strafe ist und womit sie als Rechtsinstitut, sowohl juristisch wie auch rechtsphilosophisch, begründet wird. Von Wichtigkeit ist es jedoch in diesem Zusammenhang, zu erkennen - und das soll an dieser Stelle mit aller Deutlichkeit herausgestellt werden -, daß alle diese Begriffe nichts über den Zweck der Strafe aussagen wollen und können. Sehr klar und unmißverständlich hat diesen Gedanken einmal Laband⁵⁾ ausgesprochen:

"Der Zweck liegt außerhalb der Einrichtung, durch welche er realisiert werden soll ... So nützlich es für das Verständnis eines Rechtsinstituts sein kann, sich darüber klar zu werden, welchen Zwecken es dient, so unzulässig ist es, die Frage nach dem Wesen eines Rechtsinstituts damit abzufertigen, daß man den Zweck desselben angibt".

So trägt es m.E. zur Verwirrung der Begriffe bei, wenn dieser klar von Laband ausgesprochene Gedanke dadurch, daß man in den Begriff "Zweck" mehr hineinlegt als dieser beinhaltet, wieder zunichte gemacht wird⁶⁾.

Es bedeutet immer eine Gefahr, wenn vom Wesen und Zweck der Strafe gesprochen wird, da eine solche Zusammenstellung zu

1) Maurach, AT, S.46

2) H.Mayer, StR-AT, S.27 und M.E.Mayer, LB, S.417

3) v.Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S.56

4) Mezger, LB 1949, S.512 unter II,1

5) Laband in "Archiv für öffentliches Recht", Bd.2, S.317

6) Darüber siehe später bei Behandlung der Straftheorien.

der Annahme verleiten könnte, es handele sich dabei um eine einzige Frage, die en bloc, wie z.B. mit dem Gedanken der Vergeltung beantwortet werden könnte. Eine solche Annahme soll von vornherein als falsch bezeichnet werden, da es doch sicher ist, daß der Zweck, gleichviel wie man ihn bestimmt, nichts über das Wesen aussagt, sondern daß er es gerade ist, der aus dem Wesen der Strafe heraus erst festgelegt werden muß.

Der Begriff vom "Wesen" der Strafe ist der allgemeinste aus der Fülle der zur Verfügung stehenden und bei den verschiedensten Autoren gebrauchten und soll daher primär Verwendung finden. Die spezielleren Begriffe, die alle Wesentliches über die Strafe beinhalten, sollen aber auch an entsprechender Stelle zum besseren Verständnis angewandt werden.

Beides, sowohl der Begriff vom "Wesen" der Strafe, wie auch die anderen oben erwähnten Begriffe bei der Darlegung der Strafe zu verwenden, ist eine Notlösung, da für eine so vielschichtige Frage kein umfassender Begriff gefunden werden kann.

2. Die Notwendigkeit der Strafe

Vor der Betrachtung des Wesens der Strafe soll aber kurz über ihre Notwendigkeit gesprochen werden, die nicht schon ihre Rechtfertigung enthält¹⁾. Insofern muß Maurach entgegengetreten werden, wenn er behauptet, daß die Rechtfertigung der Strafe schon in ihrer Notwendigkeit läge²⁾. Daß die Strafe notwendig ist, um die Gemeinschaft der Menschen untereinander zu erhalten und chaotische Zustände zu vermeiden, ist allgemein anerkannt und unbestritten³⁾. Daß die Strafe unentbehrlich ist, lehrt der Blick in die Geschichte der Völker. Das Strafrecht ist immer und überall bei ihnen vorhanden, und je nach seiner Ausgestaltung herrschen geordnete Verhältnisse oder Willkür und Gewalt.

Damit ist aber noch nichts über die Rechtfertigung der Strafe gesagt.

1) Jagusch, LK I, 8. Aufl. S. 88, Anm. A II vor § 13

2) Maurach, AT, S. 46

3) Vgl. v. Hippel, a. a. O., S. 59 Anm. 2

Die Strafrechtstheorien und ihre Auffassungen über Wesen und Zweck der Strafe

Die Rechtfertigung der Strafe ist aber von jeher Anliegen der Strafrechtstheorien gewesen.

Diese Strafrechtstheorien waren seit Jahrhunderten Gegenstand langer Erörterungen. Es wurde seit Platon und Aristoteles eine kaum mehr übersehbare Fülle von Theorien aufgestellt¹⁾. Angefangen beim Talionsprinzip bis zur Strafe als reine Zweckmaßnahme wurde jede Ansicht vertreten.

Mit Recht nennt daher Maurach die Geschichte der Straftheorien eine Universalgeschichte des Strafrechts²⁾. Hier ist es angebracht, aus der Fülle der Theorien die wichtigsten überkommenen Auffassungen herauszugreifen und zur Unterscheidung einander gegenüberzustellen³⁾.

1) Vgl. Binding, Grundriß, 1907, S.210 ff.

2) Vgl. Maurach, AT, S.47

3) Bevor dies geschieht, sei noch auf einen Streit der Meinungen bezüglich des z.B. von v.Hippel gebrauchten Ausdrucks "Strafrechtstheorien" hingewiesen, aus dem ganz deutlich hervorgeht, wie nach der Einigkeit der gesamten Lehre darüber, daß die Strafe notwendig ist, schon bei der weiteren Frage nach der Benennung der Theorien über die Rechtfertigung der Strafe die Meinungen jäh geteilt und vielschichtig werden.

Den Ausdruck "Strafrechtstheorien" nennt M.E.Mayer (LB, S.417/18) eine unberechtigte Anmaßung. In Wahrheit sei nicht das Strafrecht, sondern die Strafe, nicht das Ganze, sondern nur seine eine Hälfte der Gegenstand der Betrachtung. Er sagt wörtlich: "Wo sie in einer systematischen Darstellung des Strafrechts in das erste und grundlegende Kapitel gestellt werden, ist ihnen eine Bedeutung beigelegt, die sie nicht haben. Sie nehmen dann den Platz ein, der einer das Wesen des Strafrechts ergründenden und somit mit Fug als Strafrechtstheorie auftretenden Untersuchung gebührt" (M.E.Mayer nennt einige Autoren, die seiner Ansicht nach diesen Fehler begangen hätten: So z.B. Allfeld, LB; S.5 ff., Liszt-Schmidt, S.7, Beling, Grundzüge, S.3 ff.).

Dieser Meinung M.E.Mayers tritt schon v.Hippel (DStR I, S.457 Anm.2, S.490 Anm.1 und S.497 Anm.1) entgegen, indem er mit Recht betont, daß immer das Strafrecht als Ganzes gemeint sei und Straftheorie nur als Abkürzung gewertet werden könne. Dieser Hinweis mag genügen, um darzulegen, daß schon der Ausgangspunkt, die Benennung der Theorien, umstritten wird. Wieviel mehr entbrennt der Streit erst um den Inhalt der Theorien selbst.

Herkömmlicherweise unterscheidet man drei Gruppen von Theorien: die absoluten, die relativen und die vermittelnden (synkretistischen). Beling nennt sie Vergeltungs-, Sicherungs- oder Präventions- und Vereinigungstheorien¹⁾, was schon mehr auf ihren Inhalt hindeutet.

In der folgenden Darstellung dieser wichtigsten Theorien, die freilich von den einzelnen Autoren in verschiedenen Abweichungen und Differenzierungen vertreten werden, soll folgende Methode angewendet werden: getrennte Behandlung der einzelnen Theorien in ihren wichtigsten Grundzügen²⁾.

a) Die absoluten Theorien

Der seit Hugo Grotius in der Literatur übliche Ausspruch: "Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur" ist, obwohl er selbst schon eine Vereinigungstheorie beinhaltet³⁾, der Ursprung der zum Schlagwort gewordenen Formeln für die absoluten Theorien "punitur, quia peccatum est" und für die relativen "punitur, ne peccetur"⁴⁾.

1) Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1930, S.3

2) Zwar meint M.E.Mayer (LB, S.422), eine solche Methode sei nicht förderlich; jedoch vermögen seine Argumente gegen diese nicht zu überzeugen, da es m.E. keineswegs undienlich ist, eine Methode, weil auf diese Art schon genug mitgeteilt und kritisiert worden ist, weiter zur Darstellung zu benutzen. In jeder neuen Erörterung treten, selbst wenn die Darstellungsart die gleiche bleibt, neue Gesichtspunkte zutage. Das zweite Argument M.E.Mayers, es käme auf diese Art nicht zum Ausdruck, daß sich in jeder einzelnen Theorie, wenn man sie nur an ihren Platz stellt, etwas Richtiges zu finden sei, greift auch nicht durch; denn es ist auch bei der von M.E.Mayer verworfenen, hier gewählten Art der Darstellung möglich, durch entsprechende Betonung das Augenmerk auf die gewünschte Stelle zu richten.

3) So v.Hippel, S.461 u.462 (StR I)

4) Diese Formeln finden sich z.B. bei H.Mayer, StR AT, S.27

Diese Formeln haben aber bei Betrachtung der einzelnen Theorien wenig Bedeutung und tragen zur Lösung der Probleme der absoluten und relativen Theorien wenig bei¹⁾.

Die absoluten Theorien sehen im gerechten Übelausgleich durch Vergeltung nach dem Maße der Schuld nicht nur die Strafe gerechtfertigt, sondern auch ihren Inhalt erschöpft. Nach diesen Theorien ist die Strafe zweckgelöst. Maurach²⁾ sagt, daß diese Theorien zwar Straf-, aber keine Strafzwecktheorien seien. So muß also folgerichtig die Definition der Strafe nach den absoluten Theorien lauten: "Die Strafe ist diejenige Rechtsfolge des Delikts, durch die Vergeltung nach Maßgabe der Schuld geübt wird". Der Zweck muß in einer Definition der Strafe vom Standpunkt der absoluten Theorien aus unerwähnt bleiben. Zwar ist der Begriff "Zweck" in keiner Definition über das Wesen der Strafe angebracht, da er, wie schon oben erwähnt, zwar jeder Strafe innewohnt, jedoch niemals das Wesen des Rechtsinstituts erklären kann. Es ist jedoch möglich, ihn als Folge in einer Definition zu erwähnen³⁾.

Die absoluten Theorien geben also lediglich eine wesentliche Aussage über das von Zwecken unberührte Wesen der Strafe. Zwar hat es praktisch niemals eine absolute Theorie gegeben, die die Nützlichkeit der Strafe geleugnet oder es für nicht richtig gehalten hätte, wenn spezial- oder generalpräventive Zwecke mit der Strafe verfolgt wurden. Jedoch sind diese Zwecke nach diesen Theorien bestenfalls günstige Nebenwirkungen, die mit dem Wesen der Strafe nichts zu tun haben. Einen Zweck verfolgen die absoluten Theorien in ihrer reinen Form eben nicht. Für sie ist das Wesen der Strafe Vergeltung,

1) Vgl. v. Hippel, DStR I, S. 56

2) Maurach, AT, S. 47

3) Lediglich die relativen Theorien - das sei gleich an dieser Stelle dargelegt - vermögen keine hinreichende Definition über die Strafe zu geben, da der Zweck, den sie allein in den Vordergrund stellen, hierzu nicht tauglich ist. Die Strafe kann nach der hier vertretenen Auffassung niemals mit irgendeinem Zweck definiert werden.

und je nachdem, wie man das Verbrechen betrachtet, wird die Strafe als ästhetische¹⁾, dialektisch-logische²⁾, göttlich-religiöse³⁾ oder moralisch-sittliche⁴⁾ Vergeltung angesehen.

Wie eingangs erwähnt, sollen aber diese ins einzelne gehenden rechtsphilosophischen, im Laufe der Jahrhunderte herausgebildeten Ansichten über die Strafe nicht näher erörtert werden.

Auf die Bedeutung der absoluten Theorien für das Wesen der Strafe ist noch einzugehen. Sie betonen mit besonderem Nachdruck, daß nur im Rahmen gerechter Vergeltung die Strafe gerechtfertigt sei. Mit der Rechtfertigung der Strafe im Sinne der absoluten Theorien wird also zugleich ihr Maßprinzip angegeben⁵⁾. Das Maß der Strafe richtet sich nach dem Umfang des Verschuldens. Nur als schuldangemessene Vergeltung ist die Strafe gerechtfertigt. Dies klar und eindeutig herausgestellt zu haben, ist das große Verdienst der absoluten Theorien.

b) Die relativen Theorien

Alles menschliche Handeln hat einen Zweck, so auch die Strafe als staatliche Maßnahme⁶⁾. Bei den relativen Theorien rechtfertigt der Strafzweck jedoch allein das Straf-

1) Herbart, Praktische Philosophie, 1808. Auch Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie, 1863

2) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Bd. XII, 4. Aufl., herausgegeben von Johannes Hoffmeister, Hamburg 1955

3) Stahl, die Philosophie des Rechts, 1830/37

4) Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1788, und Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797

5) So auch Jagusch (LK I S.89, Anm. II vor § 13): "Wertvoll bleibt die absolute Strafrechtfertigung als Grundlage und als Strafmaßstab".

6) So Mezger, StuB, AT, S.281

übel. Sie sind reine Zwecktheorien¹⁾. Wenn der Zweck der Strafe es verlangt, hat die Vergeltungsfunktion zurückzutreten. Sie ist eben gegenüber den Zwecken, die mit der Strafe verfolgt werden, sekundärer Natur, so daß bei Kollision die Vergeltung in den Hintergrund zu treten hat. Der Zweck heiligt die Mittel²⁾. Die Begründung der Strafe erfolgt von ihrer Nützlichkeit her. Die Straftat ist für sie nicht Grund, sondern nur Voraussetzung bzw. Strafanlaß; denn sobald der Strafe die primäre Aufgabe zugewiesen wird, irgendwie auf den einzelnen Verbrecher oder auf die Allgemeinheit Einfluß zu üben, hört das Delikt auf, Grund der Strafe zu sein und wird ein die Bestrafung veranlassendes Ereignis.

Die Zwecke selbst sind präventiver Natur. Sie wirken sich als verbrechenvorbeugende Mittel aus. Die relativen Theorien unterscheidet man herkömmlicherweise nach den überwiegenden general- oder spezialpräventiven Zwecken. Generalpräventive Zwecke stehen da im Vordergrund, wo die Androhung oder der Vollzug der Strafe abschreckend und erziehend auf die Allgemeinheit einwirken soll. Mezger nennt daher die Generalprävention die sozialpädagogische Einwirkung auf die Gesamtheit³⁾. Spezialpräventive Zwecke können durch Besserung, Sicherung und Abschreckung vor künftiger Begehung von Verbrechen bei demjenigen, der die Strafe zu erdulden hat, verfolgt werden. In der Regel stellen die einzelnen relativen Theorien jedoch nicht nur auf einen general- oder spezialpräventiven Zweck ab, sondern es überwiegt die Kombination⁴⁾.

Das Verdienst dieser Theorien ist es, ausdrücklich darauf hingewiesen zu haben, daß die Strafe nicht zweckgelöst in der Art, wie es die absoluten Theorien tun, betrachtet werden

1) Maurach, AT, S. 47

2) So in etwas krasser Ausdeutung H. Mayer, StR, AT, S. 27

3) Mezger, StUB, AT, S. 281

4) Jagusch (LK I, S. 89, Anm. II vor § 13): "Diese teils heterogenen Zwecke werden nach Lage des Falles und der Empfänglichkeit des Täters mehr oder weniger vereinigt".

kann, sondern daß kriminalpolitische, vorbeugende Zwecke durchaus Beachtung verdienen. In ihnen werden die Strafwirkungen und die Strafempfänglichkeit in ganz besonderem Maße betont.

Die rein idealistische Auffassung der absoluten Theorien wurde durch die relativen kritisiert. Es wurde gezeigt, daß in ersteren die Ziele des Staates und der Rechtsordnung ignoriert werden. Der Staat bedarf, wenn er straft, der Legitimation durch realpolitische Zweckerwägungen.

c) Die Vereinigungstheorien

Die Vereinigungstheorien versuchen, wie schon ihr Name besagt, eine Vereinigung von absoluten und relativen Theorien zustande zu bringen. Dieser Versuch wird schon in der Vereinigung der zum Schlagwort gewordenen Formeln zu dem Satz "punitur, quia peccatum est, ne peccetur" offenbar.

Bevor nun ein Überblick über den Inhalt der Vereinigungstheorien erfolgt, ist es nötig, die Mängel der rein absoluten und der relativen Theorien aufzuzeigen, um so die Berechtigung zur Bildung einer kombinierenden Auffassung zu zeigen.

Die absoluten Theorien sehen in der Vergeltung eine kategorische, unbedingte Forderung, die nicht weiter zu begründen ist. Die Rechtfertigung des Wesens der Strafe als Vergeltung nach Maßgabe der Schuld liegt für sie darin, daß schon das Verbrechen rein an sich die Reaktion herausfordert. Aus der Idee des Rechts fließt unmittelbar das Postulat der Vergeltung als Folge des Unrechts, und die Strafe ist eben lediglich diese Unrechtsfolge. Auf einen Zwang kommt es dabei nicht an. Die absoluten Theorien sind also einseitig orientiert. Alles, was im Hinblick auf die Verbrechensbekämpfung wichtig ist, wird von ihnen ignoriert und hat keinen Raum innerhalb des von ihnen gebildeten Strafbegriffes. Solche Zweckerwägungen sind aber nach dem Stande der heutigen Kriminalpolitik unbedingt notwendig und können keinesfalls völlig unbeachtet beiseite gelassen werden.

Aber auch die relativen Theorien zeigen gewisse Mängel. Daß aus dem Zweck der Strafe ihr Wesen nicht erklärt werden kann, ist oben schon näher ausgeführt worden¹⁾. Insofern gehen die relativen Theorien zu weit, als sie dieses Ziel verfolgen. Die Vergeltung nach dem Maße der Schuld hat bei der Strafe stets als Wesensmerkmal den Ausgangspunkt zu bilden. Zweckmäßigkeitserwägungen der verschiedensten Art können zwar die Strafe als zweckdienlich und nützlich erweisen, vermögen jedoch nicht ihr Wesen zu erklären. Der Zweck heiligt eben nie das Mittel. Es muß erst das Wesen des Mittels erklärt werden, ehe berechnete Zweckfunktionen nachgewiesen werden können.

Betrachtet man die relativen Theorien, die die Generalprävention in den Vordergrund stellen, kritisch, so ergibt sich, daß sie wegen der unvermeidlichen übermäßigen Strafdrohung und des exemplarischen Vollzugs in Konflikt mit dem Schuldgedanken geraten²⁾. Die relativen Theorien, die die Spezialprävention besonders betonen, vermögen die Strafe nicht genügend von der Sicherungsmaßregel zu trennen. Der Schwerpunkt der Strafe liegt bei ihnen nicht in der Schwere des Verschuldens, sondern in der sozialen Gefährlichkeit des Täters. Bezüglich dieser Gefährlichkeit hat die Tat nur symptomatische Bedeutung. Daher ist eine nur nach solch spezialpräventiven Gesichtspunkten ausgerichtete Strafe ungerecht und wird keineswegs nach Maßgabe der Schuld verhängt, wie es das primäre Ziel jeder Strafe zu sein hat. Zusammenfassend sei ein Zitat von Welzel³⁾ angeführt:

"Die absoluten Theorien haben vermöge ihrer idealistischen Grundhaltung über die Sinnfragen der Strafe alles Wesentliche ausgesagt, aber darüber das Gewicht des Wirklichkeitsproblems zu leicht genommen, während der Realismus der relativen Theorien zwar das Wirklichkeitsproblem der Strafe entscheidend

1) Vgl. S.4/5

2) Vgl. Jagusch, LK I, Anm. II vor § 13

3) Welzel, S.210

gefördert, darüber aber die Sinnfrage vergessen hat"¹⁾. Dies mag genügen, um darzulegen, daß es notwendig war, eine Theorie aufzustellen, die den Versuch macht, beide Lehren unter Berücksichtigung sowohl des Wesens wie der Zwecke zu vereinigen²⁾. Vereinigungstheorien sind also nur solche Theorien, die an der Vergeltung als Wesen der Strafe festhalten, jedoch Strafzwecken und -wirkungen besondere Bedeutung beimessen. Die einzelnen präventiven Zwecke verdienen zwar innerhalb dieses festgefügtten Begriffs der Vergeltung höchste Beachtung und sind, obwohl sie stets sekundärer Natur bleiben, nach Möglichkeit ihrer Verwirklichung nahezubringen. Daher sind nicht alle die Theorien, die Vergeltung und Strafzwecke berücksichtigen, als Vereinigungstheorien in dem hier gemeinten Sinne anzusehen: Es haben die Theorien auszuscheiden, die Vergeltung und Strafzwecke als gleichberechtigte Faktoren nebeneinanderstellen³⁾.

-
- 1) Denselben Gedanken findet man bei M.E.Mayer, LB S.427: "Die relativen Theorien tragen Jagegen weder zur Lösung des juristischen noch des rechtsphilosophischen Problems bei. Sie sind kriminalpolitische Ideen und sonst nichts, wie andererseits die absoluten Theorien die juristische Frage und nicht die beiden anderen befriedigend beantworten". Vgl. hierzu auch Schmidt, Grundriß des Strafrechts, 1.Aufl. 1925, S.38 "Die Fruchtlosigkeit des Streits der absoluten und relativen Theorien".
 - 2) Gegen eine "Vereinigung" wehrt sich M.E.Mayer (LB, S.427), da er der Ansicht ist, daß die überlieferten Ideen verschiedene Funktionen haben, daher nicht zu vereinigen sind, sondern nach Maßgabe ihrer Leistungen auf die verschiedenen Aufgaben verteilt werden müßten. Daher könne nur von einer "Verteilungstheorie" gesprochen werden.
 - 3) Das ist insbesondere oft dort der Fall, wo die Vergeltung als Strafzweck neben anderen Strafzwecken bezeichnet wird. Eine solche Bezeichnung der Vergeltung als Straf-"Zweck" hat aber auch in anderer Hinsicht verschiedentlich Streit hervorgerufen. Mezger (LB, S.515, Anm.34) sagt hierzu: "Man hat die vom Tatprinzip beherrschte Vergeltung zwar dann und wann als Begriffsmerkmal, aber nicht als Zweck der Strafe gelten lassen wollen und gesagt: Die Strafe ist Vergeltung, aber sie bezweckt nicht Vergeltung, sondern Verbrechensverhütung. Aber: Strafe ist Zweck-handlung; wenn sie also "Vergeltung", d.h. Anpassung an die begangene Tat "ist", so "bezweckt" sie zugleich immer auch solche Vergeltung, wie sie umgekehrt, soweit sie ihren Zweck erreicht, immer zugleich auch verbrechenverhütendes Mittel "ist".

Vergeltung kann aber m.E. nicht sowohl Wesen wie Zweck der
Strafe

Nur wenn das Wesen der Strafe als Vergeltung unangetastet bleibt und wenn im Rahmen eines so umgrenzten Strafbegriffes Zweckgesichtspunkte eine Rolle spielen und die ihnen gebührende Beachtung finden, kann von einer Vereinigungstheorie gesprochen werden.

Um Wiederholungen in den folgenden Betrachtungen zu vermeiden, sei hiermit die grundsätzliche Darlegung der wichtigsten herkömmlichen Strafrechtstheorien beendet. Es sollte in dem bisher Gesagten keineswegs eine umfassende Erörterung der Theorien über die Strafe, sondern lediglich eine Einführung in die Problematik dieses grundlegenden Instituts des Strafrechts vorgenommen werden.

In der folgenden Darstellung ist es von Wichtigkeit, über die herrschende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung über das Wesen und die Zwecke der Strafe zu berichten, um dann überprüfen zu können, ob § 20a und die Rückfalltaten diese Grundsätze ohne Abweichung verfolgen oder aber auch inhaltsformende Neuerungen enthalten.

4. Die heute herrschende Auffassung über das Wesen und die Zwecke der Strafe

Ein Beschluß der Großen Strafrechtskommission¹⁾ aus dem Jahre 1954 hat folgenden Wortlaut:

"Die Strafe soll der Schuld des Täters gerecht entsprechen. In diesem Rahmen dient sie dazu, den Täter in die Gemeinschaft wieder einzugliedern, Straftaten zu verhüten und die

sein, da der Zweck immer nur einem Rechtsinstitut als eine Möglichkeit, die der Verwirklichung harrt, vorschwebt, aber das Wesen nicht erklären kann. Wenn daher Mezger in der Strafe den Zweck sehen möchte, Vergeltung zu üben, so heißt das nichts anderes, als daß die Strafe sich selbst Zweck ist, d.h. der Zweck liegt darin, daß der Schuldige von der Strafe betroffen wird. Der Auffassung, daß die Vergeltung Strafzweck sei, tritt auch Allfeld (LB, S.5 in Anm.2) mit umfangreichen Literaturhinweisen entgegen.

1) Nach dem Bericht von Dreher in ZStW 66/568 ff.(572)

Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter zu schützen".

Die maßgeblichen Meinungen, die zu diesem Beschluß geführt oder ihn beeinflusst haben, sollen in dem Folgenden zurückverfolgt werden.

a) Der Inhalt der Begriffe "Vergeltung" und "Sühne"
und ihr Verhältnis zueinander

Zuvor ist wiederum eine begriffliche Klärung und Erläuterung des Begriffes "Vergeltung" und des oft verwendeten Begriffes "Sühne" vorzunehmen. Es fällt zunächst auf, daß der oben erwähnte Beschluß der Großen Strafrechtskommission die Begriffe "Sühne" und "Vergeltung" nicht gebraucht. Verständlich ist das insofern, als diese Worte häufig in Erörterungen und Entscheidungen gebraucht werden, ohne daß näher dargelegt wird, was man darunter verstanden haben will.

M.E.Mayer meint sogar, daß derjenige, der annähme, der Begriff der Vergeltung bedürfe einer Definition, ihn lieber nicht gebrauchen solle¹⁾. Soweit kann jedoch bei einem für die Strafe so bedeutsamen Begriff nicht gegangen werden. Daher seien aus der Fülle der Meinungen, die um eine Klarlegung des Begriffsinhaltes der Vergeltung bemüht sind, einige herausgegriffen, um die Vergeltung so darzulegen, wie sie im Grunde richtig verstanden sein will.

Maurach²⁾ sagt, daß die Vergeltung eine von Rechts wegen ausgelöste Folge schuldhafter Tat sei. Mezger³⁾ nennt sie eine den Täter treffende Entziehung von Rechtsgütern nach Maßgabe der schuldhaften Tat (tatgemäße = tatproportionale Übelzufügung). Ähnlich formuliert auch Jagusch⁴⁾: "Die Strafe erstrebt Unrechtsausgleich durch schuldangemessene Tatvergeltung nach dem Maße der Schuld des Täters für die einzelne Tat".

Nach allen diesen Formulierungen soll also die Vergeltung stet. Übelzufügung nach Maßgabe der durch die Tat offenbarten Schuld sein.

1) M.E.Mayer, LB, S.422

2) Maurach, AT, S.59

3) Mezger, LB, S.483

4) Jagusch, LK I, Anm.I vor § 13

Weiter ist nun zu klären, ob der Begriff der Sühne mit dem der Vergeltung gleichzusetzen ist. Darüber besteht allerdings Streit. Jagusch¹⁾ betont, daß an der Gleichstellung von Vergeltung und Sühne festzuhalten sei und in der Rechtsprechung die Strafe bald als Sühne, bald als rechtliche Vergeltung erscheine.

Auch Schmidt²⁾ bekräftigt in seinem 1955 gehaltenen Vortrag diese Auffassung: "Sühne und Tatvergeltung sind synonym, sind austauschbare Vokabeln".

Wenn H.Mayer³⁾ sagt, die Strafe sei gerechte und sühnende Vergeltung, so kann er damit sowohl eine Gleichbedeutung wie auch eine begriffliche Unterordnung - die sühnende Wirkung ist in der Vergeltung, die den Oberbegriff darstellt, enthalten - meinen.

Im Gegensatz zu den vorhergehenden Auffassungen spricht sich Exner⁴⁾ für die grundlegende Unterscheidung von Sühne und Vergeltung aus. Das liberale Rechtsdenken hätte die Vergeltung formalrechtlich aufgefaßt und ihres ethischen Gehaltes entkleidet, der ja gerade das Wesentliche der Sühne sei.

M.E. kann an der Gleichsetzung nur dann festgehalten werden, wenn mit Sühne nicht "Entsühnung" i.S. völliger Reinigung von dem Makel der Schuld und Bestrafung, sondern lediglich Ausgleich schuldhafter Tat ohne die ohnehin nicht zu verwirklichende "Entsühnung" im oben erwähnten Sinne verstanden wird.

Nur wenn eine solche "Entsühnung" zu verwirklichen wäre, hätte die Unterscheidung von Vergeltung und Sühne einen Sinn. Daß dem nicht so ist, betont Dreher⁵⁾, indem er ausführt, daß bei uns keine Strafe mehr entschönt. Denselben Gedanken bringt Bockelmann⁶⁾ zum Ausdruck, wenn er darlegt, daß dann, wenn

1) Jagusch, LK I, Anm.I u.II vor § 13 mit umfangreichen Rechtsprechungsangaben

2) Eb.Schmidt in ZStW 67/189, der seine Auffassung auch durch höchstrichterliche Entscheidungen belegt.

3) H.Mayer, StR,AT, S.33

4) Exner in "Festschrift für Kohlrausch", S.33/34

5) Dreher, Über die gerechte Strafe, S.24

6) Bockelmann in JZ 1951/498

Sühne in ihrer wahren Bedeutung Anwendung finden würde, die Verbüßung der Strafe wirklich die Schuld tilgen müßte. "Wer gesühnt hat, muß als entsühnt gelten". Das sei aber heute nicht mehr so¹⁾. Den Makel der Vorstrafe kann ein Verurteilter nur schwer wieder abstreifen, und die Folge davon ist, daß die Strafe mit der Entlassung aus dem Gefängnis nicht endet, sondern eigentlich erst beginnt.

Aus alledem geht hervor, daß an einer Unterscheidung von Sühne und Vergeltung heute eigentlich gar nicht mehr festgehalten werden kann. Man muß diese Begriffe entweder synonym gebrauchen oder nach einer anderen Lösung suchen.

Eine Anregung, wie eigentlich mit dem Begriff "Vergeltung" und dem nicht mehr in seiner ursprünglich gemeinten Bedeutung existierenden Begriff "Sühne" im künftigen Strafrecht verfahren werden sollte, gibt Bockelmann an anderer Stelle²⁾, wo er ausführt: "Die Rechtfertigung der Strafe liegt im Sühnengedanken. Freilich erhebt sich nunmehr die Frage, was Sühne ist, und darauf kann keine bestimmte Antwort mehr gegeben werden ... das ist aus Gesetz und Begründung nicht mehr ohne weiteres zu entnehmen ... Es genügt zu wissen, daß das, was gesühnt werden soll, notwendig Schuld ist. Die Verbindung des Schuld- und Sühnengedankens ist unausweichlich".

Da also feststeht, daß das, was gesühnt werden soll, notwendig Schuld ist, so können auch die beiden Begriffe "Sühne" und "Vergeltung" in einem neuen Gesetzestext zugunsten von "Schuld" weggelassen werden, da ihr Gebrauch ohne jeden tieferen Sinn wäre. Es würden nur wieder Ausdrücke in das Gefüge eines neuen Gesetzes gebracht werden, die lediglich zu Streit und Verwirrungen beitragen müßten und daher keineswegs förderlich wären. Anregungen dieser wie oben von Bockelmann dargelegten Art mögen mit dafür ausschlaggebend gewesen sein, daß die Große Strafrechtskommission in ihrem oben erwähnten

1) Diese Auffassung vertritt auch Arndt in SJZ 46/31, wo er ausführt, daß die Strafe ihren metaphysischen Charakter als Entsühnung zurückgewinnen müsse.

2) Bockelmann, Studien II, S.17/18

Beschluß die Begriffe "Sühne" und "Vergeltung" bei der Strafe nicht verwendet hat.

Nach Klärung dieser grundsätzlichen Fragen ist der Weg frei, die herrschende Auffassung über das Wesen und die Zwecke der Strafe darzulegen. Zuvor muß aber noch eine bedeutsame Erklärung erfolgen: Die folgende Darlegung der herrschenden Meinung über die Strafe wird gleichzeitig Gedanken über die Strafzumessung beinhalten; denn die Lehre von der Strafzumessung ist die unmittelbare praktische Verwertung der Lehre vom Wesen und den Zwecken der Strafe. Die Strafzumessung hat sich demnach streng nach den über das Wesen und die Zwecke der Strafe herausgearbeiteten Grundsätzen zu richten. .

b) Die herrschende Lehre

Etwas Verwunderung mag hervorrufen, daß am Anfang ein Autor genannt wird, dessen Werk schon vor rund 30 Jahren erschienen ist, dessen dort vertretene Auffassung sich jedoch im Grundsätzlichen der heute herrschenden Meinung sehr nähert und grundlegende Gedanken von ihr enthält.

Folgendes Zitat von v.Hippel¹⁾ mag dies darlegen: "Gerechte Vergeltung liefert kein festbestimmtes Strafmaß, sondern läßt regelmäßig erhebliche Spielräume des Verhaltens. Die Vergeltung ist also nicht endgültig bestimmendes, wohl aber grundlegend regulierendes Prinzip für Gesetzgebung, Strafzumessung und Strafvollzug. Darin betätigt sich ihre hohe eigenartige Macht, während sie innerhalb dieser Schranken zum Segen der Sache den präventiven Strafzwecken Raum läßt". Eine Einschränkung dieses Primats der Vergeltung für besondere Fälle nimmt v.Hippel auch nicht vor, wenn er später ausführt²⁾: "In breitem Umfang genügt eine Strafe, die dem Vergeltungsbedürfnis entspricht, zugleich dem Zweck der Generalprävention³⁾". Positiv entscheidend wird letzterer dort,

1) v.Hippel, LB, S.60

2) v.Hippel, LB, S.62

3) Dafür gilt auch Kohlrauschs Formulierung: "Um Generalprävention braucht man sich nicht zu sorgen". (So in "Mitteilungen über den internationalen Strafrechts- und Gefängnistkongreß", Bd.3, S.14

wo nicht die Notwendigkeit der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung den Staat zur Bestrafung veranlaßt (so insbesondere auf dem Gebiet der ethisch-indifferenten geringeren Delikte)." Diese letzteren Ausführungen, die an sich dem Prinzip, daß grundsätzlich und primär Vergeltung nach Maßgabe der Schuld den bestimmenden Rahmen für die Strafe abgibt und erst innerhalb dieses Rahmens die Zwecke, so insbesondere die Generalprävention, Berücksichtigung finden sollen, widersprechen, indem sie Ausnahmen gestatten, werden aber im folgenden dadurch entkräftet, daß v.Hippel weiter ausführt: "Auch hier aber spielt die Vergeltung die grundlegend regulierende Rolle, indem sie ungerechte Strafe verbietet"¹⁾. Damit ist dem Vorrang der Vergeltung vor den Zwecken der Strafe Genüge getan.

Dieser Meinung v.Hippels stimmt auch Bockelmann²⁾ zu, indem er betont: "Praktikabel ist immer nur eine Vereinigungstheorie; darin hatte R.v.Hippel (Deutsches Strafrecht I, 1925, S.519 ff.) recht".

Freilich hat Exner³⁾ berechtigte Kritik geübt, wenn er Bockelmann in seiner Meinung da nicht unterstützt, wo dieser behauptet, der Strafe seien neuerdings (seit Einführung des Gewohnheitsverbrechergesetzes) alle präventiven Elemente genommen, die lediglich nur noch von den Maßregeln wahrgenommen würden⁴⁾. Hiernach müßten die präventiven Erwägungen gänzlich bei der Strafe aus dem Spiele bleiben. Damit geht aber Bockelmann zu weit. Wenn auch präventive Funktionen, die speziell den Maßregeln zugeteilt worden sind, z.B. Sicherung und Besserung, für die Strafe weitgehend ausfallen, so bleiben doch noch genügend übrig, die ohne weiteres von der Strafe mitübernommen werden können und sollen. Selbstverständlich können diese nur innerhalb des Rahmens und der Grenze der Vergeltung ihre Wirkung entfalten.

1) Diese Einschränkung hatte v.Hippel in seinem Werk "Deutsches Strafrecht I", 1925, noch nicht gemacht. Vgl. a.a.O., S.521 unter XII,1.

2) Bockelmann in JZ 1951/495

3) Exner in "Festschrift für Kohlrausch", S.25/26

4) Bockelmann, Studien II, S.16

Eines ist m.E. bei Bockelmann unklar. Wenn er einerseits eine Vereinigungstheorie wie v.Hippel vertreten möchte¹⁾, so kann er andererseits nicht die präventiven Zwecke ganz von der Strafe lösen und nur den Maßregeln zuteilen; denn wenn er dies tut, bleibt kein Raum mehr für eine "Vereinigung". Die Vereinigungstheorien streben ja gerade danach, präventive Zwecke als Sekundärwirkung zu erreichen.

Ein klares Bekenntnis zum Vorrang der Vergeltungsfunktion der Strafe gibt Jagusch ab, wenn er erklärt²⁾:

"Die Strafe ist Schuldvergeltung, Ausgleich des Rechtsbruchs. Nur innerhalb der Schuldstrafe haben die anderen anerkannten Strafzwecke der Vorbeugung (Abschreckung) und Sicherung Raum. Gibt man diesen Grundsatz preis, so verläßt man die Gerechtigkeit und endet bei der bloßen gesellschaftlichen Zweckmäßigkeit"³⁾. Weiter heißt es bei Jagusch: "Eine schuldüberhöhen-
de Strafe ist ungerecht und verfehlt daher den rationalen Strafzweck, eine schuldunterschreitende enthält ein Element der Gnade".

Dieser Auffassung . . . Jagusch ist auch Koffka⁴⁾, indem sie ausführt, daß es nicht richtig sei, daß der Richter nach seinem Ermessen bald mehr dem Schuldgedanken, bald mehr dem Besserungs-, Sicherungs- oder Abschreckungsgedanken den Vorzug geben dürfe. Im Vordergrund stünde immer die Schuldstrafe, die nach Möglichkeit die Bedürfnisse der General- und Spezialprävention mitbefriedigen solle. Der Präventionsgedanke dürfe also niemals dazu führen, daß die schuldangemessene Strafe überschritten werde⁵⁾.

1) Siehe Anm.

2) Jagusch, LK I, S. 97, Anm. B I 2 vor § 13

3) Dieselbe Meinung vertritt auch H. Mayer, StR AT, 1953, S. 33 und 358. Er sagt dort, daß die Strafe prinzipiell gerecht als sühnende Vergeltung sei; es wäre jedoch gleichzeitig zweckmäßig, wenn sie im Rahmen der durch den Sühnedenken gezogenen Grenzen der General- und Spezialprävention diene.

4) Koffka in JR 1955/324 u. 325

5) So auch Welzel, S. 213, der nur Abschreckung im Rahmen gerechter Vergeltung zulassen will

Das bisher eindeutige Bekenntnis der angeführten Meinungen zu der Vorrangstellung der Schuldvergeltung vor den Strafzwecken präventiver Natur wird noch von Mezger¹⁾ unterstützt. Für ihn ist es unproblematisch, wenn alle drei Strafzwecke (Vergeltung²⁾, General- und Spezialprävention) sich fördern. Dann sei die Strafe selbstverständlich nach dem Maße der gerechten Vergeltung zu verhängen. Wenn diese Strafzwecke jedoch miteinander in Widerspruch träten, wobei dann von einer Antinomie der Strafzwecke³⁾ gesprochen würde, müsse nach einer Lösung gesucht werden.

Diese Lösung sieht Mezger dann in einem eindeutigen Bekenntnis zum Primat der gerechten Vergeltung: "Die Strafe darf nicht aufhören, gerechte Sühne zu sein, sonst wird sie ihrem eigenen Wesen untreu und zur Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben untauglich"⁴⁾. "Wo der Gedanke einer "gerechten" Strafe die Verfolgung bestimmter general- und spezialpräventiver Zwecke verbietet, da ist "Strafe" nicht erlaubt. Jene Zwecke müssen dann in anderer Weise als durch die Strafe verwirklicht werden"⁵⁾.

Daß der Sühnegedanke wieder im Vordergrund steht, trägt auch Engisch⁶⁾ vor, indem er betont, daß mit dem Inkrafttreten des § 20 a gleichzeitig eine Revolutionierung der Straftheorie einsetzte, die bis heute andauere, "indem nämlich die bis dahin führende Liszt'sche Idee von der spezialpräventiven Funktion der Strafe dem wiedererstarkenden Sühnegedanken weichen mußte".

1) Mezger, Grundriß, S.156; StUB AT, § 105,III und § 106,IV; weiter Mat.I, S.2/3

2) Wie schon erwähnt, rechnet Mezger die Vergeltung zu den Zwecken der Strafe. Siehe S. 13 Anm. 2

3) So auch Jagusch, LK I, S.89

4) Mezger, Grundriß, S.156

5) Mezger, Mat.I, S.7

6) Engisch in ZStW 66/361

Ganz nach dem Prinzip der Vereinigungstheorien will auch Maurach¹⁾ die Strafe gehandhabt wissen. Die Anstrebung von Präventionszwecken dürfe nie dazu führen, daß das Wesen der Strafe als Vergeltung einem Präventionszweck geopfert würde. Eine Zweckstrafe in Form einer reinen relativen Theorie würde heute kaum mehr vertreten.

M.E. wird eine reine relative Theorie, bei der den Präventionszwecken immer der Vorrang gebührt, heute überhaupt nicht mehr vertreten²⁾. Daß Eb.Schmidt³⁾ eine solche Theorie der reinen Prävention vertreten soll⁴⁾, ist nicht einzusehen.

Man muß heute drei Abstufungen unterscheiden:

1. eine rein relative Theorie: "Prävention stets vor Vergeltung",
2. eine "gemäßigte" relative Theorie⁵⁾: "Prävention neben Vergeltung als mitbestimmender Faktor bei der Strafzumessung",
3. eine Vereinigungstheorie: "Prävention nur im Rahmen der gerechten Vergeltung"⁶⁾.

1) Maurach, AT, S.61. In "Grundriß des Strafrechts", AT, 1948, S.22 führt er aus: "Jede vorbeugende Funktion, die nicht vom Wesen der Strafe untrennbar ist, hat nur im Rahmen der Vergeltung sekundäre Bedeutung".

2) Lehren wie die der "défense sociale" sollen hierbei nicht betrachtet werden, da sie mit der Strafe in dem hier gemeinten Sinne nichts zu tun haben.

3) Eb.Schmidt in ZStW 69/359 ff.

4) Maurach, AT, S.662 (§ 63 I, 2 a.E.)

5) Die hier gewählte Bezeichnung erhebt keinen Anspruch auf praktische Verwendung. Sie dient lediglich als Arbeitsbezeichnung, um in kurzer Form die Auffassungen kennzeichnen zu können, die die Prävention neben der Vergeltung als mitbestimmenden Faktor bei der Strafzumessung ansehen möchten.

6) Die Aufstellung dieser 3 Sätze muß an dieser Stelle erfolgen, da bisher nur die mit der herrschenden Lehre im Einklang stehenden Auffassungen (nach dem Grundsatz der 3. Alternative) dargelegt wurden, jetzt aber solche, die davon mehr oder weniger abweichen, erörtert werden sollen. Die herrschende Lehre ohne ihre Abweichungen darzustellen, hieße die Kritik und die Verbesserungsvorschläge, die stets fruchtbar gewesen sind, übergehen und damit Wichtiges nicht beachten.

Ausgehend von diesen drei Alternativen ist zu sagen, daß Eb.Schmidt lediglich eine "gemäßigte" relative Theorie vertritt. Er führt aus¹⁾, daß sich die Strafzumessung auch an dem orientieren muß, was bezüglich des Täters und seines Verhältnisses zur Rechtsordnung präventiv als Zweck des Bestrafungsvorganges zu erstreben ist. Er versucht an anderer Stelle²⁾ zu erklären, daß Vergeltungs- und Zweckstrafe keine Gegensätze seien³⁾. Die Lösung sieht der Verfasser aber in dem Bekenntnis zu einer Vergeltung und Prävention gleichwertig vereinigenden Straftheorie⁴⁾.

Eine solche Theorie, die das Vergeltungs- und Präventionsbedürfnis gleichwertig zur Bemessung der Strafe verwenden will, stellt aber keine reine relative, sondern eine "gemäßigte" relative Theorie, wie sie in der 2.Alternative genannt wird, dar; denn es ist eben nicht das gleiche, ob Präventionszwecke, wenn nötig, die Vergeltungsfunktion ganz verdrängen, so daß diese dann gar keine Rolle mehr spielt (reine relative Theorie), oder ob die Präventionszwecke immer nur neben die Vergeltung als mitbestimmender Faktor treten, also die Strafe zu einem Teil immer zur Vergeltung verhängt wird, der andere Teil der Bestrafung aber aus Präventionszwecken erfolgt.

Exner⁵⁾ vertritt im Grunde auch eine solche "gemäßigte" relative Theorie, bei der der Generalprävention eine nicht unwichtige Funktion neben der Vergeltung zukommt. Er betont, daß das "Ob" der Strafe von einem "Schutzgedanken" beherrscht sein müsse und nie ausschließlich vom Sühnebedürfnis abhängig sein dürfe. Schutz bestünde in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle darin, daß durch Strafdrohung und Strafverhängung auf die Allgemeinheit eingewirkt würde, d.h. also Generalprävention erstrebt würde. Das "Wie" der Strafe solle sich aber dann nach dem Sühnebedürfnis richten, d.h. die Idee der gerechten

1) Eb.Schmidt, a.a.O., S.379

2) Eb.Schmidt, ZStW 67/177 u.178

3) Gegen die Identität von generalpräventiver Abschreckung und Vergeltung, die Eb.Schmidt verfechten möchte, wendet sich Dreher in "Über die gerechte Strafe", S.119, Anm.1

4) Eb.Schmidt, ZStW 69/380

5) Exner in "Festschrift für Kohlrausch", 1944, S.24 ff.

Sühne solle dem Schutzgedanken ein begrenzendes Prinzip sein.

Wertvoll ist der Aufsatz Exners insofern, als er aufzeigt, zu welchen Folgen eine solche Handhabung der Strafe führen kann und ab 1933 geführt hat, bei der der Generalprävention eine bedeutsame Rolle zukommt.

Nicht zuletzt soll aber die Ansicht von Heinitz¹⁾ dargelegt werden. Zwar betont er, daß die Strafe ihrem Wesen nach gerechte Sühne für begangenes Unrecht zu sein habe, jedoch sei nicht zu streng an dem Grundsatz festzuhalten, daß das Straf-übel dem Verschulden proportional angepaßt sein müsse. Ausgehend von dem Resozialisierungsgedanken legt der Verfasser dar, daß eine zu theoretische Zuspitzung des Satzes "Die Strafe soll nicht härter sein, als es das Verschulden verlangt", manches Unheil angerichtet habe. Es sei aber auch nicht angebracht, den Satz "Die Strafe soll nicht milder sein, als es dem Verschulden entspricht", unbedingt durchgreifen zu lassen²⁾.

Diese Ausführungen von Heinitz verraten auch dessen Tendenz, nicht unbedingt an dem Prinzip der Vergeltung nach dem Maße der Schuld als primäre Forderung festzuhalten, sondern in Sonderfällen eine Über- oder Unterschreitung der Schuldgrenze aus Gründen der Spezialprävention zuzulassen.

Das heißt aber wieder nichts anderes, als daß Heinitz auch eine "gemäßigte" relative Theorie vertritt, die zwar insofern bedeutend schwächer als die Auffassungen von Eb.Schmidt und Exner wirkt, als sie die Prävention "nur wenn ein spezialpräventives Bedürfnis besteht", zum Zuge kommen lassen will, die jedoch auch unter den Satz subsumiert werden kann: "Prävention neben Vergeltung als mitbestimmender Faktor bei der Strafzumessung".

1) Heinitz, Der Ausbau des Strafsystems, ZStW 65/27

2) Bedeutung gewinnt diese Auffassung bei der später darzulegenden Haltung des Entwurfs 1960 .

c) Die Rechtsprechung

Kurz sei nach Darstellung der Lehre noch auf die Rechtsprechung eingegangen, deren Haltung wenigstens in großen Umrissen aufgezeigt werden soll.

Zwei ältere Entscheidungen des Reichsgerichts seien hier herausgegriffen, die Aufschluß über die interessierenden Punkte geben können.

In einer früheren Entscheidung¹⁾ versucht das Reichsgericht zögernd den Abschreckungszweck für die Strafzumessung als mitbestimmend zu bezeichnen, wenn es ausführt: "Maßgebend ist also in erster Linie das Sühnebedürfnis, der Vergeltungszweck der Strafe²⁾, daneben wohl auch noch der Abschreckungszweck. Die sonstigen Strafzwecke, der Besserungs- und Sicherungszweck, treten demgegenüber in den Hintergrund". Weiter spricht das Reichsgericht dann in dieser Entscheidung jeweils vom Vergeltungs- und Abschreckungszweck und deren Auswirkung auf die Strafzumessung. Das Reichsgericht scheint also hier die Vergeltung und die Abschreckung als in durchaus gleichberechtigter Weise als mitbestimmend bei der Zumessung der Strafe bezeichnen zu wollen.

Noch klarer drückt es sich in einer späteren Entscheidung³⁾ aus, wenn es dort betont, daß das Tatsachengericht dann von einer zu engen Auffassung des Strafzwecks ausgehe, wenn es ausschließlich auf die abschreckende Wirkung der Strafe abstelle. Eine solche Formulierung sagt aber nichts anderes, als daß dann nicht von einer zu engen Auffassung des Strafzwecks ausgegangen würde, wenn neben der Abschreckung auch die Vergeltungsfunktion der Strafe Beachtung fände.

Aber auch eine Entscheidung des OLG Hamm⁴⁾ stützt sich noch auf das zuletzt erwähnte Urteil des Reichsgerichts, indem sie ausführt: "Eine solche ausschließliche Betonung des Ab-

1) RG 58/109

2) Sühne wird also hier der Vergeltung gleichgesetzt.
Vgl. oben S.15 ff.

3) RG 61/417

4) OLG Hamm in NJW 52/799

schreckungsgedankens wäre eine zu enge Auffassung des Strafzwecks.

Ähnlich spricht sich auch das OLG Hamburg¹⁾ aus: "Es ist zulässig, wenn nur die anderen Strafzwecke nicht außer acht gelassen werden, einem von ihnen ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen"²⁾.

Auch noch in anderen höchstrichterlichen Entscheidungen der Nachkriegszeit tritt der Gedanke, die Abschreckung habe eine mitbestimmende Rolle bei der Strafzumessung, deutlich hervor.

So sagt der OGH BZ³⁾: "Der Gedanke der Abschreckung darf die Strafhöhe zwar nicht allein bestimmen; es handelt sich dabei aber um einen Strafzweck, dessen Berücksichtigung neben den anderen anerkannten Strafzwecken nicht unzulässig ist".

Ebenso führt dasselbe Gericht in einer späteren Entscheidung aus⁴⁾: "Das Schwurgericht konnte die von ihm verhängte Strafe ohne Rechtsverstoß als im gerechten Verhältnis zu den Erfordernissen angemessener Sühne und wirksamer Abschreckung stehend erachten".

Erst der BGH scheint sich von dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts in dem Sinne, daß den präventiven Zwecken, insbesondere der Abschreckung, eine mitbestimmende bzw. sogar ausschlaggebende Rolle bei der Strafzumessung zukomme, abzuwenden.

Der BGH hat in der hier hervorzuhebenden Entscheidung⁵⁾ die sog. "Spielraumtheorie" entwickelt. Er sagt, daß die Strafe dem Schuldgehalt zu entsprechen habe. Wörtlich heißt es weiter: "Welche Strafe aber schuldangemessen ist, kann nicht genau bestimmt werden. Es besteht hier ein Spielraum, der

1) HEST 2/229

2) Das Tatsachengericht hatte hier der generalpräventiven Abschreckung diese ausschlaggebende Bedeutung zukommen lassen.

3) Rd. 2/98 (103)

4) OGH BZ Bd. 3/121 (125)

5) BG 7/32

nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird"¹⁾. Wenn daher der Tatrichter, wie im abzuurteilenden Falle, zwischen den verschiedenen schuldangemessenen Strafen aus dem Gedanken allgemeiner Abschreckung die schwerste Strafe ausgewählt habe, so bedeute das keinen Rechtsirrtum.

Das heißt aber, daß die Schuld grundsätzlich den Rahmen bildet, der nicht über- oder unterschritten werden darf. Die Strafe hat also ihrem Wesen nach Vergeltung für Schuld zu sein. Innerhalb dieses Rahmens kann nach dieser Entscheidung des BGH das Abschreckungsbedürfnis als Nebenstrafzweck mitberücksichtigt werden.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der BGH sich in Abwendung von der Reichsgerichts-Rechtsprechung mit seiner "Spielraumtheorie" der herrschenden Lehre insofern nähert, als er die Schuld-Vergeltung als primären Faktor herausstellt.

5. Zusammenfassendes Ergebnis der bisherigen Erörterungen und Vorschau

Das bisher Dargelegte sollte keineswegs eine umfassende Darstellung der herrschenden Meinung über die Strafe bezwecken. Wichtig war es, zu erkennen, daß heute von der überwiegenden Mehrzahl der Autoren und neuerdings vom BGH, im Gegensatz zum RG und der höchststrichterlichen Nachkriegsrechtsprechung, der Charakter der Strafe als Vergeltung für die in der Tat offenbarte Schuld wieder als primärer und entscheidender Gesichtspunkt herausgestellt wird. Diese grundsätzliche Tendenz der Lehre und neuen Rechtsprechung war zu erörtern, da an Hand dieser überwiegenden Auffassung über den Strafbegriff die Unterschiede zum Wesen der Strafe im § 20 a besser aufgezeigt werden können.

¹⁾ Ebenso BGH 7/89. Daß die Spielraumtheorie großen Bedenken ausgesetzt ist, soll später in Teil IV dargelegt werden.

Daß trotz der häufigen Behauptung, das Schrifttum stimme geschlossen bezüglich des primären Gesichtspunktes der Strafe als Sühne bzw. Vergeltung überein, keine so geschlossene Phalanx besteht, sondern mehrere bedeutende Autoren zu einer "gemäßigten" relativen Theorie hinneigen, war nicht zuletzt die Darstellung wert.

Auf die neueste Literatur zu dem Wesen der Strafe soll erst später in Teil IV bei der Betrachtung der Haltung des Entwurfs 1960 eingegangen werden, da diese literarischen Erörterungen sich schon meistens mit den Regelungen der Entwürfe auseinandersetzen. Diese noch darzulegenden Auffassungen sollen dann die Fortsetzung der hier gemachten Ausführungen bilden.

Weiter war in dieser einleitenden Darstellung der herrschenden Meinung über das Wesen und die Zwecke der Strafe nicht auf den Inhalt der Schuld einzugehen, der den folgenden Darlegungen der Strafe in § 20 a, soweit als nötig, vorbehalten sein soll, wo er besondere Bedeutung gewinnt.

Die bisherige Darstellung hat sich daher absichtlich im Rahmen einer nicht vom Vergeltungs- und Zweckgedanken der Strafe abweichenden Erörterung gehalten, um ganz eindringlich die heute herrschende Lehre zu diesem Punkt darzulegen. Denn es ist, wie oben schon erwähnt, eben nicht Hauptaufgabe der Arbeit, die Strafe an sich einer breiten, ausführlichen Erörterung nach allen Gesichtspunkten hin zu unterziehen, sondern ihr Wesen und ihre Wirkung in § 20 a und den Rückfalltaten, sowie die Neuerungen des Behandelten im Entwurf 1960 zu würdigen. In diesem Zusammenhang sollen dann selbstverständlich Merkmale und Besonderheiten der Strafe und der Schuld an entsprechender Stelle Erwähnung finden, deren Erörterung bisher bewußt vermieden wurde.

T e i l I I

B. Die Strafschärfung nach § 20 a

Daß der § 20 a eine Besonderheit im Gefüge des geltenden Strafrechts darstellt, ist heute allgemein anerkannt¹⁾. Worin aber diese Besonderheit besteht und inwieweit § 20a von den Normen des geltenden Strafrechts insofern abweicht, als er nicht mehr mit dem Gedanken des Schuldstrafrechts übereinstimmt, darüber gehen die Meinungen weitgehend auseinander. Angefangen von einer mehr oder weniger schwierigen Einpassung dieser Bestimmung in das System des geltenden Strafrechts²⁾ bis zu der "Resignation" Maurachs³⁾ gegenüber § 20 a, der als Außenseiter bzw. Fremdkörper im geltenden Strafrecht schließlich hinzunehmen sei, werden die verschiedensten Meinungen vertreten.

Nur wenn die Strafe in § 20 a Sühne für eine erhöhte Schuld des Täters, also schuldadäquate Vergeltung darstellt, kann von einer Einpassung des § 20 a in das System des Schuldstrafrechts gesprochen werden.

Hierfür ist es notwendig, den § 20 a insoweit einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen, als darin Anhaltspunkte für eine Abweichung vom Schuldprinzip und damit von der heute herrschenden Auffassung, daß die Strafe immer Vergeltung für Schuld des Täters zu sein habe, zu finden sind. Erst am Schluß dieser Untersuchung sollen dann die Meinungen einiger Autoren zur Strafe in § 20 a aufgezeigt werden.

1) Die von Nagler (LK, 6. Aufl., S. 190) noch vertretene Auffassung, § 20 a sei entsprechend der Rückfallstrafe echte Tatvergeltung, ist inzwischen aufgegeben worden. (Siehe Jagusch, LK, 8. Aufl., S. 128).

2) So z.B. Schäfer-Wagner-Schafheutle, S. 67 ff. unter Anm. 56

3) Maurach, AT, S. 675

1. Die für die Erkenntnis des Wesens der Strafschärfung
in § 20 a entscheidenden Merkmale

Der Begriff des Gewohnheitsverbrechers hat im Gesetz keine Definition erfahren. Um so mehr war es Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, diesem Begriff einen ganz bestimmten Inhalt zu geben.

In diesem Zusammenhang ist es nötig, darauf hinzuweisen, daß bei dieser Inhaltsbestimmung an den Begriff der "Gewohnheit", um dessen Ausfüllung sich die Lehre und Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten des Gewohnheitsverbrechergesetzes bemüht hatte, angeknüpft wird. Da von diesem Begriff später bei Ausfüllung des Merkmals "verbrecherische Gewohnheit im Sinne des § 20 a" ausgegangen werden muß, sei er zunächst Gegenstand der Erörterungen.

a) Der Begriff der Gewohnheit

Die Vornahme eines Delikts durch den Täter beruht auf dessen Willen, der die zur Tat treibenden Motive gegen solche, die ihn von der Tat abhalten, abwägt.

Ob die Tat nun ausgeführt oder aber unterlassen wird, hängt davon ab, ob diese oder jene Motive überwiegen. Die Willenskraft hat also dementsprechend groß zu sein, wenn der Täter bedeutende widerstrebende Motive zu überwinden hat. Bei einer Wiederholung der Tat zeigt die Erfahrung, daß die Hemmungen schwächer sind, wobei das unbewußte Gefühl, daß es das erstemal "gutgegangen" ist, gewiß eine nicht unbedeutende Rolle spielt. Je öfter nun eine Wiederholung erfolgt, um so kleiner braucht der Wille zu sein, der die Gegenmotive zu überwinden hat, die sich als kaum noch bedeutungsvoll darstellen, d.h. daß die zum Verbrechen treibenden Motive bei weitem die davon abhaltenden überwiegen¹⁾. Die Gegenmotive

1) Vgl. Finger in seinem Aufsatz in GerS., Bd. 104, S. 188: "Das auch in früheren Fällen siegreiche Motiv wird immer stärker im Verhältnis zu den anderen, die eine hemmende Wirkung auszuüben vermöchten, infolge der zunehmenden Raschheit des Assoziationsverlaufs, welcher kontrastierenden emotionalen Elementen kaum die Zeit läßt, in das Blickfeld des Bewußtseins zu treten und zu wirken".

stumpfen schließlich ganz ab, so daß die Reaktion schon auf die schwächsten für die Tat sprechenden Motive eintritt. Ist dieser Zustand erreicht, so spricht man von Gewohnheit. Das Reichsgericht definiert aus diesen Überlegungen heraus die Gewohnheit als "einen durch Übung ausgebildeten selbständig fortwirkenden Hang zur wiederholten Begehung"¹⁾.

Aus einer solchen Definition geht jedoch noch nicht hervor, ob das Vorliegen einer Gewohnheit an die Gleichartigkeit der Rechtsverletzung geknüpft ist. Hierüber bestand Streit. Kahl führte anläßlich des 28.Deutschen Juristentages aus: "Die Identität der Straftat ist nichts Begriffliches. Die Handlungen können variieren, ohne aufzuhören, Gewohnheitsverbrechen zu sein. Es gibt die Gewohnheit zur Begehung eines Verbrechensspezies, eines Verbrechensgenus, irgendeines Verbrechens"²⁾.

M.E.Mayer³⁾ scheint dem beizupflichten, wenn er bei gewohnheitsmäßiger Begehung von Verbrechen und Vergehen, durch die verschiedenartige Rechtsgüter angegriffen werden, von "totaler chronischer Kriminalität" spricht.

Ob diese Auffassungen für den heute gültigen Begriff des Gewohnheitsverbrechens zutreffen, wird noch zu erörtern sein. Für den an dieser Stelle allein interessierenden Gewohnheitstäterbegriff, der vor Erlass des Gesetzes vom 24.11.1933 entwickelt worden ist, treffen obige Meinungen jedenfalls nicht zu; denn die Verdrängung der widersprechenden Motive, die, wie oben dargelegt, gerade die Gewohnheit ausmacht, kann nur durch die wiederholte Überwindung derselben Widerstände eintreten. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn es sich um ungleiche Rechtsgüter handelt. Zwar kann ein Verbrecher nach

1) Vgl. die Entscheidungen RG 32/394 (397); 34/310 (311); 39/308 (311); 58/24 (25); 59/142 (143)

2) Kahl, 28.Deutscher Juristentag, Bd.III, S.372

3) M.E.Mayer, 28.Deutscher Juristentag, Bd.I, S.155 ff., insbes. S.158

mehrmaliger Begehung der gleichen Straftat die Angst vor Strafe weitgehend verlieren und dadurch leichter zur Begehung irgendwelcher Delikte neigen, jedoch begeht er diese dann nicht gewohnheitsmäßig. Er ändert dabei nur seine Einstellung zum Verbrechen an sich. Eine solche Änderung seiner Moralbegriffe ist jedoch keineswegs dafür ausschlaggebend, ob die dadurch ausgelösten Delikte gewohnheitsmäßig begangen werden. Die Widerstände werden dadurch nicht verdrängt, sondern nur geringer bewertet. Einem Dieb kann nicht deshalb, weil er gewöhnt ist, zu stehlen und weil sich seine Moralbegriffe zu strafbaren Handlungen dadurch gewandelt haben, eine darauf begangene Körperverletzung als Gewohnheit in dem hier gemeinten Sinne zugerechnet werden. Als Gewohnheitstäter kann nur jemand bezeichnet werden, der sich durch gleichartige Verletzungen des gleichen Rechtsguts auszeichnet.

Bis zum Erlaß des Gewohnheitsverbrechergesetzes trat die "Gewohnheitsmäßigkeit" nicht als allgemeiner Strafschärfungsgrund, sondern nur als strafbegründender¹⁾ bzw. straf erhöhender²⁾ Umstand in Erscheinung.

b) Die verbrecherische Gewohnheit in § 20 a

Wie oben schon erwähnt, wurde der Begriff der "Gewohnheit" zunächst zur Auslegung des Begriffes des Gewohnheitsverbrechers in § 20 a herbeigezogen. Es stellte sich jedoch dabei heraus, daß der Inhalt, den das Reichsgericht dem Begriff des "Gewohnheitstäters" gegeben hatte, keineswegs ausreichte, um den Gewohnheitsverbrecher i.S. des § 20 a zu charakterisieren und zu erfassen³⁾.

1) Z.B. in den §§ 150, 180, 181, 284, II, 302 e StGB

2) Z.B. in den §§ 260, 302 d StGB

3) Auch die amtliche Begründung bezeichnet ihn als zu eng: DRAnZ 1933 Nr. 277

Vgl. hierzu auch Schäfer-Wagner-Schafheutle, S. 51

Vgl. Kohlrausch-Lange, S. 82: "Die Begriffsbestimmungen für "gewohnheitsmäßige Begehung" passen hier nicht".

Mit der Erfassung der Gewohnheitstäter, also derjenigen, die durch wiederholte Begehung einen Hang zu gleichartigen Taten in sich entwickelt hatten, konnte keineswegs das Ziel erreicht werden, das sich das Gewohnheitsverbrechergesetz gesetzt hatte: das Gewohnheitsverbrechertum entscheidend zu treffen, d.h. eine Waffe gegen alle chronischen Verbrecher zu schaffen¹⁾; denn ein großer Teil der Rückfälligen handelt nicht aus einer solchen durch Wiederholung erworbenen Willensrichtung heraus, sondern aus einer Neigung, die schon bei Begehung der ersten in ihrer Richtung liegenden Tat in voller Stärke vorhanden ist. Eine solche Neigung geht auf andere Ursachen zurück als eine Gewohnheit, die auf mechanischer Verdrängung der widersprechenden Motive beruht. Die Neigung wurzelt in einer inneren Disposition des Täters, Rechtsbrüche zu begehen. Sie ist eine Eigenart seines Charakters, die außerhalb seines Willens liegt. Der Wille wird durch diesen Charakterzug erst gebildet. Eine solche Neigung kann die Folge von schlechten Erbanlagen²⁾ oder der Umgebung sein. Ihr ist die Gleichartigkeit der daraus erwachsenden Straftaten nicht begriffswesentlich.

Diese "Neigungsverbrecher" sollten aber unter allen Umständen vom Gewohnheitsverbrechergesetz miterfaßt werden³⁾.

-
- 1) Vgl. Schäfer-Wagner-Schafheutle, S.45. Die Begründung zum Gesetz sagt hierzu: "Es soll die Autorität des Staates gegenüber dem Rechtsbrecher gesteigert, die Strafrechtspflege gestärkt und wirksamere Waffen als bisher gegen das gemeinschädliche Verbrechertum zur Verfügung gestellt werden".
 - 2) Mit Liszt (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905, II, S.12) muß betont werden, daß es einen "homo deliquens" nach der von Lombroso entwickelten Lehre nicht gibt. Angeborene Neigungen von Menschen brauchen sich auch keineswegs immer auf deliktischem Gebiete zu äußern.
 - 3) Es wird im Einzelfall zwar schwierig sein, festzustellen, ob eine Handlung aus einem gewohnheitsmäßigen, d.h. durch Übung erworbenen Hang oder einer im Charakter verwurzelten Neigung heraus begangen wurde, jedoch ist eine solche Feststellung bei der praktischen Anwendung des § 20 a auch nicht nötig, da beide Fälle vom Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" umfaßt werden. Es genügt für diesen Begriff eben, daß in beiden Fällen die Handlung den entscheidenden Antrieb nicht aus einer zufällig richtungsgebenden Gestaltung äußerer Umstände, sondern aus einer davon unabhängigen Eigenart des Täters bekommt.

Daher war es auch nötig, den Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" in § 20 a weiter zu fassen.)

Daß dieser Begriff rein terminologisch nicht zutreffend ist, wurde allgemein zugegeben. Es wurde nach treffenderen Begriffen gesucht¹⁾. Da kein besserer Ausdruck als der im geltenden Recht verwendete gefunden werden konnte, muß zwar vom "Gewohnheitsverbrecher" gesprochen, jedoch dabei erkannt werden, daß eigentlich die gesamte chronische Kriminalität mit § 20 a erfaßt werden soll.

Alle diese Erweiterungen des bisherigen Begriffs der "Gewohnheit" zeigt das Reichsgericht²⁾ in seinen Entscheidungen auf, wenn es definiert: "Der Gewohnheitsverbrecher ist eine Persönlichkeit, die infolge eines auf Grund charakterlicher Veranlagung bestehenden oder durch Übung erworbenen inneren Hanges wiederholt Rechtsbrüche begeht und zur Wiederholung von solchen neigt".

Das Reichsgericht geht also in zwei Punkten über den bisherigen Begriff der "Gewohnheit" hinaus:

- a) Es sollen nicht nur die Täter erfaßt werden, die infolge eines durch Übung ausgebildeten Hanges zur wiederholten Begehung gleichartiger Delikte neigen, sondern auch Verbrecher, die einen Hang zum Verbrechen allgemein in sich ausgebildet haben, bei denen es auf die Verbrechensart also überhaupt nicht mehr ankommt.

1) Um treffendere Bezeichnungen dieses in § 20a gemeinten Verbrechers waren z.B. bemüht:

- a) Allfeld in "Die Gewohnheitsverbrecher im künftigen Strafrecht", Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, 6.Bd., 1914, S.16: "Verbrecher aus eingewurzelter Neigung"
- b) Nagler in "Verbrechensprophylaxe und Strafrecht", S.54: "Gefährlicher Antisozialer"
- c) Exner in "Theorie der Sicherungsmittel", S.98: "Unverbesserlicher Gemeingefährlicher"
- d) Liszt-Schmidt in "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 25.Aufl., 1925, S.12: "Zustandsverbrecher"
- e) Mittermaier in "Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher", in VDA Bd.3, S.323: "Unverbesserlicher Verbrecher"

Vgl. hierzu auch Schäfer-Wagner-Schafheutle, S.45 Anm.9 am Ende.

- b) Im übrigen sollen jetzt auch die Personen zu den "Gewohnheitsverbrechern" zählen, die infolge einer auf Grund charakterlicher Veranlagung bestehenden Neigung, die von Anfang an in voller Stärke vorhanden ist, Rechtsbrüche begehen¹⁾.

Diese große Erweiterung des "Gewohnheitsbegriffes" suchte das Reichsgericht mit der verschiedenen Anknüpfung der Gewohnheitsmäßigkeit zu begründen, wenn es ausführt:²⁾ "Ein Unterschied, der für die Auslegung und Wertung der beiden Begriffe nicht außer Betracht bleiben kann, springt ohne weiteres in die Augen; er liegt in der verschiedenen Anknüpfung der "Gewohnheitsmäßigkeit": im bisher geltenden Recht an die Begehung der Straftaten, beim Gewohnheitsverbrecher dagegen an die Persönlichkeit des Täters. Während also da, wo das bisherige Recht den Begriff des Gewohnheitsmäßigen verwendet, dieses Merkmal nur aus der Begehung der Straftaten abzuleiten ist, in denen es seine Ursache haben muß, haftet es im Sinne der neuen Vorschriften der Persönlichkeit des Täters an ...". Hier könnte sich schon eine Erörterung darüber anschließen, ob eine solche von der Persönlichkeit des Täters abhängige Bestrafung noch mit dem Schuldprinzip unseres Strafrechts vereinbar ist. Diese Betrachtung soll aber an dieser Stelle noch nicht vorgenommen werden, da das Gesetz sich in § 20 a nicht mit der Beschreibung des Täters als Gewohnheitsverbrecher zufriedengegeben hat. Vielmehr umgrenzt es den Begriff des Gewohnheitsverbrechers noch enger, indem es verlangt, daß dieser "gefährlich" sein muß. Dieses Gefährlichkeitsmerkmal muß daher zunächst in dem Folgenden noch eine Würdigung erfahren.

2) RG 68/149 (155); 72/295

1) Vgl. Kohlrusch-Lange, S.82: "Im übrigen einerlei, ob der Hang angeboren oder erworben ist".
Ebenso Schönke-Schröder, S.110

2) RG 68/149

c) Das Merkmal der Gefährlichkeit

Die Hinzufügung des Merkmals der Gefährlichkeit zum Begriff des Gewohnheitsverbrechers bedeutet für die Anwendung des § 20 a, daß nach dieser Vorschrift nur der "Gewohnheitsverbrecher" bestraft werden kann, der diese geforderte "Gefährlichkeit" aufweist. Die Gesamtheit der chronisch Kriminellen ist also nicht der Täterkreis des § 20 a.

Was allerdings Gefährlichkeit ist, darüber schweigt das Gesetz ebenso wie beim Begriff des Gewohnheitsverbrechers. Daher muß zunächst von dem Begriff der Gefahr als solcher ausgegangen werden.

aa) Die Gefahr im allgemeinen.

Den Begriff der Gefahr definiert Mezger als die nahe Möglichkeit eines schädigenden Erfolges¹⁾.

Weiter betont Mezger, daß "Gefahr" das Vorliegen von Umständen sei, die nur des Hinzukommens von erfahrungsmäßig häufigen, weiteren Teilbedingungen bedürften, um die Verletzung herbeizuführen. Aus dieser Sachlage ergäbe sich die "Wahrscheinlichkeit" des Erfolgs.

Welzel²⁾ will in der Gefahr einen Zustand verstehen, in welchem der Eintritt bestimmter unerwünschter Folgen objektiv voraussehbar ist. Nach Jagusch³⁾ begründet die Gefahr die Wahrscheinlichkeit eines aus der Sachlage nach menschlicher Erfahrung und nach den Gesetzen der Verursachungslehre zu erwartenden schädlichen Erfolgs.

Maurach⁴⁾ erklärt, daß sich der Gefahrbegriff trotz seiner verschiedenen Verwendung im Strafgesetz auf einen wesentlichen allgemeinen Nenner bringen lasse. Man verstünde darunter einen Zustand, in welchem nach den obwaltenden konkre-

1) Mezger, StuB AT, S.83

2) Welzel, S.44

3) Jagusch, LK I, S.396 mit umfangreichen Rechtssprechungshinweisen

4) Maurach, AT, S.255

ten Umständen der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich gilt¹⁾.

Hierbei ist zu beachten, daß bei jeder Gefahr ein subjektiver und ein objektiver Faktor mitwirken.

Die subjektive Seite der Gefahr, die eine Person in sich birgt, ist die Größe der Wahrscheinlichkeit der verbrecherischen Betätigung; die objektive ist die Größe des zu erwartenden Schadens.

Daß die objektive Seite stets zu beachten ist, d.h. nicht vollkommen ausscheiden darf, zeigt das Beispiel, daß dann, wenn nur die subjektive Seite Beachtung fände, ein alter Gewohnheitsbettler bei weitem gefährlicher erschiene als ein rückfälliger Räuber, da bei ersterem die Wahrscheinlichkeit der Deliktswiederholung und damit die subjektive Seite der Gefahr erheblich größer ist.

bb) Die Gefährlichkeit im besonderen Falle des § 20 a

Bei Erörterung des Begriffes "gefährlich" im § 20 a wird von den meisten Autoren eingangs darauf hingewiesen, daß dieses Merkmal hier besondere Schwierigkeiten böte und daß mit ihm einer der umstrittensten Begriffe Eingang in das Gesetz gefunden habe. Mit Vorliebe wird auch heute noch der von Birkmeyer²⁾ schon im Jahre 1914 geprägte Satz in diesem Zusammenhang zitiert: "Die Gefährlichkeit ist ein wissenschaftlich noch lange nicht geklärter, gesetzlich daher noch kaum verwendbarer, praktisch sehr schwer zu handhabender, ein schrankenloses richterliches Ermessen bedingender und infolgedessen die persönliche Freiheit im höchsten Grade gefährdender Begriff"³⁾. Wie umstritten dieser Begriff der Gefährlich-

1) Hierbei bezieht sich Maurach auf die Entscheidung des RG in Bd.30 S.179. Auf diese Entscheidung berufen sich auch Schönke, S.38/39, und Werner, LK II, S.638

2) Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafzumessung, Leipzig 1914, S.93

3) Zur Zeit des Nationalsozialismus wurde bewiesen, wie recht Birkmeyer mit seinem Ausspruch hatte.

keit in § 20 a schon innerhalb der einzelnen Senate des Reichsgerichts war, legt Niethammer dar¹⁾. Eine Minderheit hätte das Wort "gefährlich" als einen Hinweis auf die Vergangenheit und Gegenwart aufgefaßt.

In dieser Form wäre aber m.E. die Gefährlichkeit lediglich ein besonderes Merkmal des Charakters, der sich in einem inneren Hang zur wiederholten Begehung von Rechtsbrüchen äußert. Sie hätte also zu der in der Vergangenheit und Gegenwart erfolgten Charakterbildung des Täters beigetragen. Daß jedoch der Begriff der Gefährlichkeit keineswegs lediglich als Hinweis auf einen besonderen gewohnheitsverbrecherischen Hang, der in Vergangenheit und Gegenwart entwickelt wurde, also als graduelle Steigerung der gewohnheitsverbrecherischen Eigenschaft des Täters angesehen werden kann, soll später noch eingehend dargelegt werden. Hier ist es von Bedeutung, den Begriff der Gefährlichkeit so darzustellen, wie er in § 20 a gemeint ist und zwingend gebraucht werden muß.

Insofern ist der von Niethammer erwähnten Mehrheit in den Senaten des Reichsgerichts zuzustimmen, die den Gewohnheitsverbrecher dann als "gefährlich" ansehen will, wenn eine bestimmte Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß er auch in Zukunft weitere erhebliche, seinem Hang entspringende Straftaten begehen wird²⁾.

Damit hat das Reichsgericht nicht den Begriff des Gewohnheitsverbrechers graduell gesteigert, sondern den bisher üblichen, oben erwähnten Gefährlichkeitsbegriff verschärft und dadurch seine Anwendung beschränkt; denn sowohl die subjektive wie die objektive Seite der Gefährlichkeit im früheren Sinne ist dem Grade nach verstärkt worden. Während beim bisherigen Be-

1) Niethammer in DRZ 50/330 f.

2) So das RG in einer seiner ersten Entscheidungen zum § 20 a in Bd.68/155 u. 156 mit eingehenden Erörterungen.

Kurz und prägnant, aber durchaus treffend die späteren Entscheidungen RG 72/295 und RG 76/311.

Im gleichen Sinne RG 70/215, 72/260 u. 357. Neuerdings auch der BGH in Bd.1/100.

griff der Gefährlichkeit die normale Erwartung des schädlichen Erfolges subjektiv genügte, muß es sich jetzt um eine ganz bestimmte, also große Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts handeln. Weiter genügte bisher objektiv ein zu erwartender schädlicher Erfolg¹⁾. Jetzt muß eine erhebliche Verletzung der Rechtsordnung, also eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens zu verzeichnen sein. Letzteres gewinnt besondere Bedeutung bei der sogenannten Bagatellkriminalität²⁾, die auch bei der Tathäufung nicht zur Strafschärfung nach § 20 a verwendet werden kann³⁾.

- 1) Vgl. z.B. RG 66/100 zum bisherigen Begriff der Gefährlichkeit: "Gefahr ist die Wahrscheinlichkeit eines aus gegebener Sachlage nach menschlicher Erfahrung und den Gesetzen der Verursachungslehre zu erwartenden schädlichen Erfolgs".
- 2) Mittermaier spricht von solchen Bagatellkriminellen schon in "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", Bd.III, S.329. Er nennt diese "harmlose Unverbesserliche", deren Einzeltaten selbst in großer Menge wohl eine gewisse Unbequemlichkeit, aber selten oder nie eine Gefahr bedeuten: Bettler, kleine Betrüger und Diebe, Übertreter von Polizeiverordnungen.
- 3) Hier ist strittig, wie weit die Bagatellkriminalität sich erstreckt. Sehr weitgehend noch RG 68/98 (Zechprellereien und kleinere Betrügereien ausreichend). Ebenso DJ 38/1156
Einschränkend jetzt BGH 1/101: "Strafbare Handlungen, die nur als Belästigung der Allgemeinheit zu werten sind, vermögen deshalb die Annahme, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei, selbst dann nicht zu begründen, wenn zu erwarten ist, daß es immer wieder dazu kommen werde".
In dieser Richtung auch Exner mit Kritik an den früheren Entscheidungen des RG in "Kriminologie", 3.Aufl., 1949, S.29C; weiter Jagusch, LK I, S.131; Maurach, AT, S.283 mit weiteren Literatur- und Entscheidungshinweisen;
Mezger, StuB, AT, S.275; Niethammer, Anmerkung in DRZ 1950/331.

Wenn man der herrschenden Meinung folgt, daß alle Bagatellkriminalität auszuschneiden habe¹⁾, so kommt der objektiven Seite der Gefährlichkeit große Bedeutung zu.

Mißverständlich bezüglich des Begriffs der Gefährlichkeit in seiner Bedeutung in § 20 a sind daher auch die Ausführungen Jaguschs²⁾, der betont:

"In der Eigenschaft als Gewohnheitsverbrecher liegt zugleich die Möglichkeit der kriminellen Wiederholung. Steigert sich diese zur bestimmten Wahrscheinlichkeit, daß der Verbrecher auch künftig wegen seines verbrecherischen Hanges den Rechtsfrieden erheblich stören werde, so ist er ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher".

Diese Ausführungen könnten dahingehend verstanden werden, daß, wie oben schon erwähnt, im Merkmal der "Gefährlichkeit" nur eine Steigerung des Begriffs des "Gewohnheitsverbrechers" gesehen wird.

Jedoch ist es - und darauf soll an dieser Stelle schon mit aller Deutlichkeit hingewiesen werden - etwas vollkommen Verschiedenes, ob eine Neigung zu wiederholten Rechtsbrüchen, die lediglich aus der Wertung von Faktoren der Vergangenheit und Gegenwart in Form einer Diagnose ermittelt wird, vorliegt, und damit der Täter als "Gewohnheitsverbrecher" anzusehen ist und dafür bestraft wird oder aber diese so sich darstellende Persönlichkeit eine Strafe für "Gefährlichkeit" erhält, die deswegen verhängt wird, weil der Täter mit bestimmter Wahrscheinlichkeit weitere erhebliche Straftaten begehen wird, was in Form einer Prognose festgestellt wird. Diese Unterschiede zwischen dem "Gewohnheitsverbrecher" und der "Gefährlichkeit" sollen aber erst bei der späteren Überprüfung des § 20 a bezüglich seiner Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip näher dargestellt werden.

1) Selbstverständlich kann nicht übersehen werden, daß hier dem Ermessen des Richters bezüglich der Bagatellkriminalität doch ein gewisser Spielraum des Ermessens gegeben ist.

2) Jagusch, LK I, S. 130

Hier kam es lediglich darauf an, die Gefährlichkeit in § 20 a einer Betrachtung zu unterziehen, ihre Hauptmerkmale aufzuzeigen und die hier vertretene Auffassung zu diesem Begriff anzudeuten.

d) Der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in seiner Gesamtheit

Zur besseren Erkenntnis des Gesamtbegriffs des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in § 20 a war es zunächst einmal notwendig, die beiden Bestandteile dieses Begriffs zu erörtern. Damit soll jedoch nicht gesagt werden, daß eine Vereinigung dieser beiden Merkmale in einer Definition überhaupt nicht möglich wäre. Eine solche Definition müßte dann etwa folgendermaßen lauten:

"Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher ist eine Person, deren verbrecherische Betätigung auf einem in ihrer Persönlichkeit verwurzelten Hang zum Verbrechen beruht, der sowohl durch Übung erworben, als auch auf Grund charakterlicher Veranlagung von Anfang an vorhanden sein kann und der es sehr wahrscheinlich macht, daß der Täter auch künftig weitere nicht unerhebliche Straftaten begehen wird".

Sicherlich ist aber in einer solchen Definition die Vermischung der im Grundlegenden verschiedenen Elemente der Begriffe des Gewohnheitsverbrechers und der Gefährlichkeit erfolgt.

Daher ist mit Maurach¹⁾ immer so vorzugehen, daß die Prüfung in zwei Stufen verläuft. Zunächst soll eine solche darüber erfolgen, ob der Täter ein Gewohnheitsverbrecher ist, und erst nach Bejahung dieser Frage soll entschieden werden, ob es sich um einen gefährlichen Vertreter dieser Kategorie handelt.

Für diese Methode muß man sich deshalb entscheiden, weil die beiden Begriffe einen weitgehend voneinander verschiedenen Inhalt haben und daher die Prüfungsmethoden, in einem Fall diagnostischer, im anderen prognostischer Art, grundlegend voneinander abweichen. Außerdem ist die Einzelbehand-

1) Maurach, AT, S.682

lung der Begriffe auch immer deshalb ratsam, weil dadurch kein wesentliches Kriterium ohne genügende Beachtung bleibt. Mit allen diesen Ausführungen soll allerdings nicht in Abrede gestellt werden, daß der Richter den Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers letztlich in seiner Gesamtheit erfassen und würdigen muß. Jedoch darf dies nie dazu führen, die grundlegenden Unterschiede der beiden Begriffe, die später noch ausführlicher dargelegt werden müssen, zu übersehen.

e) Die Symptomtaten

Der Gesetzgeber hätte hier von weiteren Voraussetzungen des § 20 a absehen können, da der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers an sich keiner weiteren Ergänzung bedarf; denn die Würdigung der Persönlichkeit des Täters kann sich ohne weiteres daraus ergeben, ob er über Tätereneigenschaften im oben dargelegten Sinne verfügt.

Der Gesetzgeber hat jedoch darüber hinaus angeordnet, daß sich diese Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher aus der Gesamtwürdigung dreier Taten ergeben müsse.

Welzel¹⁾ sagt hierzu, daß die Strafschärfung in § 20 a handlungstypische Merkmale (mehrfache verbrecherische Betätigung) mit einer tätertypischen Merkmal (dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher) kombiniere. Auf letzterem läge das Hauptgewicht.

Mezger²⁾ äußert sich wie folgt zu diesem Verhältnis der handlungstypischen zu den tätertypischen Merkmalen: der § 20 a trüge in seinem System der formellen Vortats-Voraussetzungen noch den Charakter der Übergangsbestimmung³⁾ in sich.

1) Welzel, S.225

2) Mezger in DStR, 1934 I, S.152

3) Inwiefern § 20 a in seinem System der formellen Vortatsvoraussetzungen den Charakter der Übergangsbestimmung in sich tragen soll, ist nicht klar erkenntlich; denn mit "Übergang" könnte nur das völlige Absehen von formellen Vortatsvoraussetzungen zugunsten eines reinen Täterstrafrechts, das nur die Persönlichkeit des gefährlichen Ge-

Daß die Feststellung des gefährlichen Gewohnheitsverbrechens von der Gesamtwürdigung der Taten abhängig gemacht würde, sei ohne Zweifel sachgemäß und bleibe auch künftig als Vorbild. Nur so füge sich § 20 a in das System des StGB ein. In Wahrheit käme es jedoch ganz und ausschließlich auf die Feststellung an, ob der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei. Mit einer vagen Ermessensentscheidung sei bei dieser bedeutenden Feststellung nicht gedient. Die Symptomtaterleichterten die Diagnose. Daß lediglich eine Erleichterung der Diagnose und nicht ein grundsätzlicher Hinweis auf die Eigenschaft des Täters als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher von den drei Taten verlangt werden kann, geht daraus hervor, daß eine Einzeltat selten ganz den Charakter des Täters zu offenbaren imstande ist und daher nie in allen Punkten symptomatisch für den Gesamtcharakter des Delinquenten sein kann. Möglich ist meistens lediglich eine teilweise symptomatische Bedeutung der Tat für den Charakter des Täters. Jedoch braucht auch diese im Einzelfall nicht vorzuliegen.

Die Symptomatiker als Vertreter der sogenannten symptomatischen Verbrechensauffassung¹⁾ wollten der äußeren Tat jedoch eine solche viel weiter reichende symptomatische Bedeutung beilegen, als ihr in den meisten Fällen in Wirklichkeit zukommt.

Zwar ist eine Bestrafung der Gesinnung ohne Berücksichtigung der Tat auch von den extremsten Symptomatikern nicht gefor-

als Urteilsgrundlage wählt, gemeint sein. Diesen allein möglichen "Übergang" hat aber Mezger offenbar nicht gemeint, wenn er später betont, daß die Abhängigkeit von der Gesamtwürdigung der Taten auch künftig als Vorbild zu bleiben habe.

- 1) Diese symptomatische Verbrechensauffassung wurde begründet von Tesar und Kollmann. Vgl. hierzu Tesar, Die Symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Berlin 1907; ferner Tesar, Der symptomatische Verbrechensbegriff in ZStW 29/82 ff.; Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff in ZStW 28/449 ff. u. in Liszt-Festschrift, S. 147, wo der Verf. betont, daß das symptomatische System in Wahrheit mit dem Grundgedanken der Liszt'schen Systeme

dert worden, da eine solche wegen der beschränkten menschlichen Erkenntnisfähigkeit nicht möglich ist, ohne daß einer Richterwillkür weitgehend Vorschub geleistet wird, jedoch sahen die Symptomatiker in der einzelnen Tat immer ein Erkenntnismittel der Gesamtpersönlichkeit und damit des Charakters des Delinquenten.

Eine solche Auffassung kann aber nicht in allen Fällen Platz greifen. Die Tat ist zwar immer ein Symptom für die psychische Beschaffenheit des Täters zur Zeit der Tatbegehung, jedoch ist sie nicht immer ein Symptom für die Beschaffenheit seines Charakters, also seiner Persönlichkeit über die Tatzeit hinaus¹⁾.

In der Einzeltat muß also nicht notwendig die Persönlichkeit des Täters ganz oder teilweise ihren Ausdruck finden, sondern das Delikt kann durchaus artfremd sein und einer besonderen unvorhergesehenen Situation entspringen.

Solche artfremde Taten aber, denen es selbst an der teilweisen symptomatischen Bedeutung für den verbrecherischen Hang ermangelt, haben bei § 20a völlig auszuschneiden²⁾ und eine

matik keineswegs in Widerspruch stehe; weiter auch Kollmann, Zum symptomatischen Verbrechensbegriff, in MonKrimPsych Bd.6, S.412 ff.

- 1) Treffend führt Binding diesen Gedanken in seinem Werk "Die Normen und ihre Übertretung" Bd.II,1 S.25, aus, wo er betont: "Jede nicht ganz gleichgültige Handlung 'charakterisiert den Menschen', d.h. sie kennzeichnet ihn, wie er war im Augenblick ihrer Vornahme. Möglich, ja wahrscheinlich, daß sie der Durchschnittsrichtung bisheriger Handlungen, vielleicht gar bewußten Maximen entsprach, möglich auch, daß sie davon abwich, sei es aus Schwäche, der keiner von uns je ganz entgeht, sei es aus Irrtum, sei es auf Grund bewußter Maximenänderung ...".
- 2) So schon das RG in einer seiner ersten Entscheidungen zum § 20a in Bd.68/157: "Straftaten, die hiernach nicht als Anzeichen für die dem Täter eigentümliche Art und Richtung des verbrecherischen Hanges angesehen werden können und die ausschließlich oder doch überwiegend anderen Ursachen als diesem Hang entspringen, müssen ausscheiden".

symptomatische Verbrechenslehre mit all ihren Konsequenzen kann hier nicht Platz greifen. Der Richter hat eben bei § 20 a nach der Gesamtwürdigung der Taten zu entscheiden, ob diese als Symptomtaten für die Charaktereigenschaft des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in Betracht kommen. Ist dies der Fall, so sind sie neben den anderen Umständen, wie z.B. der Herkunft des Täters, seinen Erziehungsverhältnissen, seiner bisherigen kriminellen Betätigung, der Arten der erfolgten strafbaren Handlungen, dem sozialen Verhalten des Täters in der straffreien Zeit usw., die alle als Erkenntnismittel zu verwerten sind¹⁾, zur Beurteilung dafür heranzuziehen, ob der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist.

Es ist daher nicht erforderlich, daß die Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sich in allen Taten oder auch nur in einer Tat voll verwirklicht. Es ist lediglich erforderlich, "daß in mindestens drei Straftaten von solcher Erheblichkeit, wie sie das Gesetz verlangt, eine gleichgerichtete innere Beziehung zum Wesen des Täters nachgewiesen werden kann, die diese Taten, und zwar jede von ihnen, als Ausfluß eines und desselben Wesenszuges des Täters, nämlich des ihm innewohnenden verbrecherischen Hanges, als ein Eigentümliches Kennzeichen hierfür und seine Gefährlichkeit erscheinen läßt, so daß durch die einheitliche Zusammenfassung in der Gesamtwürdigung das Bild des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers entsteht"²⁾.

Diese Darlegungen mögen genügen, um noch einmal mit Nachdruck herauszustellen, was in dieser Darstellung aufzuzeigen wichtig war. Es ist das, was Welzel über die Bedeutung der handlungstypischen Merkmale in § 20 a aussagt. Sie haben nur

1) Das Gesetz ist insofern unklar, als man dem Gesetzestext entnehmen könnte, daß nur nach den Taten allein die Beurteilung des Täters als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher zu erfolgen habe.

2) RG 68/156

untergeordnete, nur symptomatische Bedeutung, d.h. sie spielen nur insofern eine Rolle, als sie Symptome für die Beurteilung des Täters als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher darstellen.

Daß überhaupt von Taten in § 20 a die Rede ist, muß darauf zurückgeführt werden, daß dem Gesetzgeber das Wagnis doch zu groß erschien, alles auf die Karte des subjektiv bestimmten Begriffs des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers zu setzen und die Beurteilung dieses Begriffs allein von dem Ermessen des jeweiligen Richters abhängig zu machen. Der Richter sollte von Anfang an hierbei an eine exakte und wohlerwogene, auf Tatsachen gestützte Diagnose des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers gewöhnt werden¹⁾.

Auch die Tatsache, daß es sich bei den "Taten", die § 20 a erwähnt, schon um z.T. abgeurteilte handelt, beweist, daß die Strafe nach § 20 a sich keineswegs nach den in dieser Bestimmung erwähnten Taten richtet, sondern das Gewicht einzig und allein auf der Eigenschaft des Täters als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers liegt.

Auch das weitere Argument, daß die Strafe in § 20 a ein Ausfluß der zuletzt begangenen Tat sein könnte bzw. diese einen Einfluß auf die Bestrafung haben könnte, entfällt, denn nach heute herrschender Auffassung²⁾ stellt § 20 a keinen selbständigen Tatbestand dar, sondern es wird lediglich die Strafe, die für die letzte abzuurteilende Tat ohnehin verhängt wird, verschärft.

Diese Verschärfung der Strafe in § 20 a beruht also lediglich auf der Eigenschaft des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers und nicht auf den in § 20 a erwähnten Taten.

Ob eine Strafe, die sich primär nach den Gesichtspunkten

1) Vgl. Mezger, Täterschaftsrecht, in DStR 1934, S.152

2) Vgl. an Stelle vieler Autoren Schönke-Schröder, S.106 (Anm. I,3 zu § 20 a) mit umfangreichen Literaturhinweisen.

einer Persönlichkeitsbewertung orientiert, noch Vergeltung nach dem Maße der Schuld, wie es in den Ausführungen des I. Teils der Arbeit als die herrschende und einzige mit dem geltenden Strafrechtssystem im Einklang stehende Auffassung dargelegt worden ist, darstellt, soll in dem Folgenden einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden.

Hierbei muß das Augenmerk mit aller Intensität auf diese Merkmale des Gewohnheitsverbrechers und nicht zuletzt der Gefährlichkeit gerichtet werden, wobei die oben¹⁾ gemachten Ausführungen wertvolle Hilfe leisten sollen.

2. Die Schuld und ihre Wandlung

Erst nach der für das Folgende erforderlichen Darstellung des Begriffs des "gefährlichen Gewohnheitsverbrechers" und der Bedeutung der Symptomtaten ist es möglich, an die Ausführungen, die eingangs über die Strafe gemacht wurden²⁾, anzuknüpfen.

Die Strafe hat, wie in Teil I dargelegt worden ist, immer Vergeltung für Schuld zu sein. Wie oben schon angedeutet³⁾, wurde aber in den Ausführungen des Teils I vermieden, näher auf den Inhalt des Begriffs der "Schuld" einzugehen. Diese Erörterungen sollen dem Folgenden vorbehalten sein. Es soll dort der heute dem Begriff der "Schuld" gegebene Inhalt deshalb dargelegt werden, weil eine Handhabe zur Überprüfung des § 20 a dahingehend, ob er noch mit dem Prinzip des Schuld-Strafrechts zu vereinbaren ist, geschaffen werden muß.

Vor Erlaß des "Gewohnheitsverbrechergesetzes" bestand in der Praxis wenig Anlaß, von der bis dahin herrschenden Auffassung abzuweichen, daß die Strafe oder eine Strafschärfung, für die diese Grundsätze ebenso zu gelten haben, nichts anderes sind, als primär gesehene Vergeltung nach

1) Vgl. oben S. 30 ff.

2) Vgl. oben S. 29

3) Vgl. oben S. 28

Maßgabe der schuldhaft begangenen Tat¹⁾). Die bisherigen Regelungen des Strafgesetzbuches ließen sich mit dieser Meinung vereinbaren. Das Inkrafttreten des § 20 a stellte jedoch diese Auffassung in Frage und gab den Anstoß dazu, den Begriffsinhalt der Schuld erneut einer intensiven Prüfung zu unterziehen; denn mit der überkommenen Tat-schuldlehre ist die Problematik einer auf den Schuldgedanken aufbauenden, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten allein möglichen Lösung nicht zuzuführen, da derjenige, der an der Einzeltatschuld festhält, in § 20 a eine un-mißverständliche Preisgabe der Vergeltungsstrafe wird erkennen müssen. Die Einzeltatschuld ist nicht in der Lage, den den Täter treffenden Vorwurf voll auszuschöpfen. Die einzelne Tat erscheint, wenn man sie isoliert betrachtet, zu gehaltlos, um einen materiell so schwer wiegenden Schuldvorwurf zu tragen. Hierfür muß die Täterpersönlichkeit ins Auge gefaßt werden und dem Begriff der Schuld daher ein gegenüber der überkommenen Auffassung erweiterter Inhalt gegeben werden.

Es muß zunächst davon ausgegangen werden, daß der Begriff der Schuld für alle Verbrecher und Deliktsarten nur einheitlich festgelegt werden kann. Eine Unterscheidung des Begriffsinhalts der Schuld innerhalb der verschiedenen Regelungen des Strafgesetzbuchs kann also ernstlich nicht in Erwägung gezogen werden.

Im Rahmen dieser Arbeit erschiene es jedoch als unzumutbar und zu weitgehend, wenn der Begriff der Schuld in weitgreifenden Betrachtungen erörtert würde. Es soll hier

1) Erwähnt sei jedoch an dieser Stelle, daß von einer Erweiterung des Schuldbegriffs in der Wissenschaft schon oft die Rede war und die als "Schuldenstreit" bekanntgewordene Kontroverse weitgehend diese Probleme mitbeinhaltete. So äußern sich z.B. schon in früherer Zeit folgende Autoren zu diesem Thema: Radbruch in ZStW 24/344 ff. (insbes. 348); Tesar in ZStW 32/383 ff.; Birkmeyer in Studien, S. 18 ff. u. 33 ff.

vielmehr auf die umfangreichen Arbeiten der Wissenschaft aufgebaut werden¹⁾ und die Schuld nur in den Punkten einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden, auf die es im Rahmen dieser Arbeit ankommt.

Will man den Ausdruck "Schuld"²⁾ zunächst einmal allgemein definieren, um zu verstehen zu geben, was er eigentlich umschreiben soll, so besteht Einigkeit darüber, daß die Schuld eine bestimmt geartete Beziehung zwischen Täter und Tat darstellt, die die Verantwortlichkeit des Täters für sein willentliches Handeln begründet. Engisch³⁾ hat als Kern der Schuld die Einstellung des Täters zu seiner Tat in ihrer konkreten So-Beschaffenheit genannt. Ähnlich nennt Mezger⁴⁾ als den Kern aller strafrechtlichen Schuld die subjektive, psychologische Beziehung des Täters zu seiner Tat.

Diese Einstellung des Täters begründet dann einen Schuldvorwurf, wenn ihm nachgesagt werden kann, daß er sich bezüglich der speziellen Tat nicht rechtmäßig verhalten hat, indem er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich hätte rechtmäßig verhalten und für das Recht entscheiden können⁵⁾. Es kann von Schuld also nur dort die Rede sein, wo dem Täter anläßlich seiner Tat eine bewußte Rechtspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Damit ist aber noch nicht viel über den Inhalt der Schuld gesagt. Daher ist es wichtig, zunächst mit einer kurzen Darlegung der Auffassung zu beginnen, die über die Vorwerf-

-
- 1) Vgl. hierzu das Werk Engischs, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, insbes.S.15 ff. und 38 ff.
 - 2) Daß der Begriff "Schuld" als umfassendes Merkmal vorwerfbarer Zurechenbarkeit einer Tat in den bedeuten Schriften des 19.Jahrh. überhaupt noch nicht gebraucht wurde, legt Maurach (AT, S.278) mit Hinweisen dar.
 - 3) Engisch in "Festschrift für Kohlrausch" 1944, S.172
 - 4) Mezger in GerS Bd.89, S.254. Vgl. auch die weitergehenden Ausführungen Mezgers in StUB I, S.132 ff.
 - 5) So der BGH in seiner bekannt gewordenen Entscheidung in Bd.2/194 (200)

barkeit der konkreten Tat nicht hinausgeht, die also in die Schuld nicht charakterologische Merkmale einbezieht und damit in ihr nicht ein die ganze Täterpersönlichkeit treffendes sozialetisches Unwerturteil sieht. Dieser Tat-Schuld-Begriff will lediglich das, was sich in der Außenwelt zugetragen hat, nämlich die Tat, einer Prüfung unterziehen.

Diese Auffassung vertraten die Klassiker ohne Konzessionen. Birkmeyer¹⁾ gab diesem Gedanken deutlichen Ausdruck, indem er ausführte: "Schuld ist die freie Selbstbestimmung zum Verbrechen ... sie bildet den Gegenstand der Bestrafung, sobald sie durch die Tat verkörpert ist ... Daher fragen wir, um die Schuld des Täters festzustellen, nicht nach Zweck, Motiv und Gesinnung". Die als "Schuldenstreit"²⁾ bekannte Kontroverse "Einzeltschuld oder Charakterschuld" fand so gesehen für Birkmeyer eine klare Beantwortung im Sinne der Klassiker. Liszt³⁾ bezeichnete jedoch ein solches Vorgehen als eine Herausreißung der Tat aus dem Leben des Täters, indem man sie auf den Isolierschemel der logisch-juristischen Abstraktion stelle⁴⁾. Aber auch heute hat die klassische Richtung des "Schulden-

1) Birkmeyer, Studien, S.87

2) Auf den "Schuldenstreit" soll hier nicht näher eingegangen werden, sondern es ist lediglich angebracht, den entscheidenden, hier interessierenden Gegensatz aufzuzeigen.

3) Liszt, Aufsätze II, S.57

4) Desgleichen betont Delaquis ("Soziale Verteidigung und Umbildung des Strafrechts") in Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung, Bd.17, S.110: "Hier wie dort erhebt sich die Forderung, an Stelle des alten klassischen Schuldbegriffs, nicht mehr fußend auf der einzelnen verbrecherischen Tat, sondern die ganze deliktische Persönlichkeit ins Auge fassend, als Grundlage der staatlichen Reaktion den Zustand der Gefährlichkeit zu statuieren". Hier taucht als Vorschlag dieser Begriff der Gefährlichkeit auf, der später in § 20 a, tatsächlich zur Anwendung gelangt, so viel Streit und Unklarheit hervorgerufen hat.

streits" noch bedeutende Vertreter auf ihrer Seite¹⁾. Insbesondere ist es Maurach, der ganz entschieden einen solchen Gedanken der Vergeltungsstrafe vertritt. Er betont, daß sie eine von Rechts wegen ausgelöste Folge schuldhafter Tat sei²⁾, also die Schuldschwere ausschließlich von der Tatschwere abhängt. Elemente wie Charakter, Lebensführung und Lebensentscheidung müßten von der Schuld ferngehalten werden. Daher kommt Maurach zu dem Schluß, daß der Beschränkung der Schuld auf die Einzeltatschuld der Vorzug gebühre³⁾.

Den Stand der heutigen Lehre hat Engisch⁴⁾ eindringlich dargelegt, wenn er ausführt: "Das Schlagwort 'Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen!'⁵⁾ ist ziemlich verstummt. Wir wissen heute: Primäre Grundlage des Strafrechts kann auch in Zukunft nur die Tat sein".

1) Daher kann Eb.Schmidt in seinen Ausführungen in SJZ 46/207 nicht zugestimmt werden, wenn er dort betont: "Darin aber, daß die 'Schuld' sich nicht in einer formal psychologischen Beziehung des Täters zu seiner Tat erschöpft, vielmehr die Täterpersönlichkeit unter sozialethischen Gesichtspunkten unter Frage stellt, dürften sich heute wohl alle einig sein ...". Diese Einigkeit ist jedoch keineswegs so groß, wie Eb.Schmidt annimmt; denn zu der Zeit (1946), als er diese Beraufassung aufstellte, waren ganz verschiedene Stimmen vorhanden, die die Einbeziehung der Täterpersönlichkeit in den Schuldbegriff völlig ablehnten; so z.B. Nagler in LK, 6.Aufl., 1944, S.38. Diese Auffassung wird auch heute vom LK noch aufrechterhalten. Vgl. 8.Aufl., S.350, wo Mezger ausführt: "Es gibt daher auch in Zukunft (da das Einzeltatstraftrecht in absehbarer Zeit nicht verlassen werden wird) nur die Einzeltatschuld". Eb.Schmidt hätte daher besser von vielen Stimmen sprechen müssen, die dieses Moment der Einbeziehung charakterologischer Momente in den Schuldbegriff forderten; denn damit hätte er zweifellos recht gehabt.

2) Maurach, AT, S.59

3) Maurach, AT, S.328. Auch Baumann, Strafrecht AT, S.18 u.78/79 verteidigt mit guten Argumenten das Tatstraftrecht.

5) Vgl. hierzu auch die Ausführungen H.Mayers Strafrecht, AT, S.64 unter III.

4) Engisch in ZStW 66/353

Von dieser grundlegenden Feststellung muß bei den folgenden Betrachtungen ausgegangen werden; denn alle Lehren über die Charakter-, Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld wollen lediglich über die Vorwerfbarkeit der konkreten Tat hinausgreifen, sie aber als Ausgangspunkt der Strafe keineswegs verdrängen. Daher bemerkt Engisch mit Recht weiter: "Denn noch niemand hat im Ernste gefordert, daß die bösertige Persönlichkeit als solche, von der wir üble Taten erwarten, schon im Hinblick auf diese Erwartung Gegenstand des Strafrechts sein soll. Stets hat man daran festgehalten, daß nur unter der Voraussetzung einer bereits begangenen Straftat das Strafrecht auf den Plan treten kann und darf. In diesem Sinne ist das Tatstrafrecht jeder Diskussion entrückt"¹⁾.

Damit umgrenzt Engisch auch die allein diskussionswürdige Art von Täterstrafrecht in dem Sinne, daß bei begangener Straftat nach der Persönlichkeit des hinter ihr stehenden Täters selbst gefragt wird, wenn sie bewertet und beurteilt, wenn ihr So-Sein zum Maßstab der strafrechtlichen Behandlung, insbesondere zum Maßstab von Art und Höhe der Strafe gemacht wird²⁾. Damit wird aber auch eine Aussage darüber gemacht, in welchem Maße eine Wandlung des Schuld-begriffs möglich und auch versucht worden ist³⁾.

1) Vgl. hierzu auch Schöнке-Schröder, S.307 Vorbem.V,3b zu § 51: "Dem geltenden Recht würde es widersprechen, das Schuldurteil von der Einzeltat zu lösen und unmittelbar auf den Charakter und die Persönlichkeit des Täters zu beziehen; eine derartige Charakterschuld ist dem geltenden Recht fremd".

2) Engisch, a.a.O., S.354

3) Geschichtlich zeichnen sich drei Stufen in der Entwicklung der Schuldlehre ab: 1. der Standpunkt der Klassiker, für den sich Binding auf die Geschichte der Vergangenheit und Gegenwart beruft, daß die Schuld stets Schuld für Einzeltat sei (Binding Normen II, S.259 ff. insbes. 267 ff.). 2. Die Lehre v. Liszt's von der spezialpräventiven Bekämpfung des Täters und 3. die Lehre von der Täterschuld, die eine Synthese zwischen den beiden anderen versucht, indem sie den Täter als ganze Persönlichkeit ergreift und ihn wegen seines Gesinnungsverfalls verantwortlich macht.

Auf die Theorien, die eine solche Erweiterung des Schuld begriffs vornehmen, so insbesondere die Theorien von der Lebensführungs-, Lebensentscheidungs- und Charakter-schuld¹⁾ soll erst später bei der Überprüfung des § 20 a auf seine Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip näher eingegangen werden, da sie auf Grund des § 20 a entwickelt und daher am besten in Zusammenhang mit ihm Erwähnung und Überprüfung erfahren können.

Hier genügt es zunächst, diese Erweiterung in großen Zügen und wesentlichen Punkten aufzuzeigen und so die Wandlung des Schuldbegriffs darzulegen. Damit sollen zunächst nur die allgemeinen Unterschiede der Tat zur Täterschuld erkennbar gemacht werden. Zwischen dem reinen Tatstrafrecht und einem reinen Täterstrafrecht liegt die Skala der möglichen Wandlungen des Schuldbegriffs.

Eine solche Wandlung konnte aber erst dann erfolgen, als es der modernen Persönlichkeitsforschung möglich war, den Charakter eines Menschen genauer Beurteilung zu unterziehen; denn erst damit konnte die Grundlage geschaffen werden, auf der die moderne Täterschuld i.S. der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit aufbaut.

Eine Täterschuld wird von vielen²⁾ in der Herausbildung

1) Hierbei soll insbesondere Engischs Hinweis auf die theoretische Möglichkeit einer reinen Charakterschuld (ZStW 61/166 ff.) Beachtung finden.

2) Vgl. hierzu insbes. die Arbeiten von Mezger: "Die Straftat als Ganzes" in ZStW 57/675 ff.; Bockelmann, Studien II, S. 128 ff.; Mezger, Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht in ZStW 60/353 ff. und das zum gleichen Thema ergangene Referat von Gallas, a.a.O., S. 374 ff.; weiter den Bericht über die Aussprache der beiden letztgenannten Referate in ZStW 60/417 ff. von Bockelmann; Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60/428 ff. Bockelmann, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? Materialien zur Strafrechtsreform, S. 29 ff.

Kritische Beiträge zum Thema lieferten: Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61/166 ff. und in seiner Arbeit über die Frage "Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?", ZStW 66/353-364; Heinitz, Straf-

eines minderwertigen Charakters gesehen. Der Mensch ist nicht nur verpflichtet, sich im Einzelfall im Widerstreit der guten und schlechten Motive für das Rechtmäßige zu entscheiden, sondern er hat darüber hinaus auch die Pflicht, für die vorteilhafte soziale Entfaltung seiner Persönlichkeit Sorge zu tragen. Daher darf er den Hang zum Schlechten nicht Macht über sich gewinnen lassen. Ebenso wie die Tatschuld knüpft also auch die Täterschuld an fehlerhafte Motivationen sowie pflichtwidrige, vorwerfbare innere Entscheidungen an und hat ihre dogmatische Begründung auch von hierher erhalten¹⁾.

Daß Schuld im Sinne einer solchen Vorwerfbarkeit nicht den bisher geltenden Grundsätzen widerspricht, wird von allen denen, die diesem modernen Schuldgedanken Raum geben, anerkannt und dargelegt²⁾. Wo aber die Grenze einer solchen Täterschuld liegt, soll im folgenden gezeigt werden.

Daher hat sich an dieser Stelle die nun genügend vorbereitete Würdigung des § 20 a auf seine Vereinbarkeit mit einem Schuldstrafrecht im gewandelten Sinne anzuschließen. Mit dem Schuldstrafrecht im Sinne einer reinen Tatschuld ist § 20 a schon bei flüchtiger Betrachtung nicht in Einklang zu bringen. Eine streng nach dem Grundsatz: "Strafe nur nach Maßgabe der in der Einzeltat offenbarten Schuld" ausgerichtete Überprüfung hat also von vornherein auszuscheiden. Vielmehr müssen die wesentlichen Merkmale des

zumessung und Persönlichkeit, ZStW 63/57 ff.; Klee, Der Tätertypus als Mittel der Auslegung und der Gestaltung strafbarer Tatbestände, DStR 1940/97 ff.; A.Wegner, StR AT, 1951, S.87 ff.; Maurach, AT, S.327/328 und 674 ff.; Schönke-Schröder, S.106; H.Mayer, StR AT, S.60 ff.; Frey, Strafrecht und soziale Verteidigung, Schw.Ztschr.StR, Bd.68, S.435 Anm.1 zweifelt an der Richtigkeit der Entwicklung von der reinen Tatschuld zur sog. Lebensführungsschuld.

- 1) vgl.hierzu Eb.Schmidt, Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts, in Festschrift für J.v.Gierke, S.200 ff.
- 2) Würtenberger betont aber mit Recht in Materialien zur Strafrechtsreform Bd.I, S.96, daß die rechtsdogmatische und rechtsethische Begründung der Täterschuld eine bis heute noch nicht zureichend gelöste Frage sei.

§ 20 a auf ihre Vereinbarkeit mit einem Schuldbegriff in einem erweiterten Sinne überprüft werden. Als wesentliche Merkmale kommen aber, nachdem die Symptomtaten, wie oben dargelegt, völlig auszuschneiden haben, lediglich noch die verbrecherische Gewohnheit und die Gefährlichkeit in Betracht, wobei auf die oben¹⁾ gemachten Ausführungen Bezug genommen werden soll.

3. Die Vereinbarkeit der Strafschärfung des § 20 a mit dem Schuldstrafrecht

a) Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher als Kriterium unter dem Blickpunkt der Theorien von der Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld

Eine Einpassung des § 20 a in das System des Schuldstrafrechts im erweiterten Sinne bereitet besondere Schwierigkeiten hinsichtlich des Begriffs des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers. In diesem Zusammenhang wird häufig auf die Theorie der Lebensführungsschuld, die von Mezger erstmals²⁾ entwickelt worden ist, hingewiesen.

Ohne zunächst auf die Theorie Mezgers näher einzugehen, sind zwei Fragen von Wichtigkeit und sollen an dieser Stelle Erwähnung finden, da sie für die Frage der Berechtigung des § 20 a im System des geltenden Strafrechts von größter Bedeutung sind und wertvolle Schlüsse zulassen.

I. Wenn die Theorie der Lebensführungsschuld Mezgers überhaupt der erste Vorschlag gewesen wäre, der sich mit dem Gedanken der Erweiterung des Schuldbegriffs in der

1) Vgl. S. 30 ff.

2) Dieser Begriff der Lebensführungsschuld wird tatsächlich auch erstmals von Mezger gebraucht. Siehe hierzu ZStW 57/675 ff. (insbes. 688 ff.) und "Grundriß", 1. Aufl., S. 72, beides aus dem Jahre 1938. In Mezgers Abhandlung "Täterstrafrecht in DStR 1934/125 ff. ist von Lebensführungsschuld noch nicht die Rede.

Form, charakterologische Merkmale der Täterpersönlichkeit mit einzubeziehen, befaßt hätte, so müßte daraus der Schluß gezogen werden, daß man auf diese Weise den § 20 a, der sich im Grunde als etwas Ausgefallenes und damit als eine unvereinbare Besonderheit im bisherigen System des StGB darstellt, gewaltsam in das System einpassen wollte. Das bedeutete aber, daß man das System des bisherigen StGB an den § 20 a hätte anpassen müssen und daß der Schuldbegriff solange zu erweitern war, bis § 20a keine Besonderheit mehr darstellte.

Diese erste Möglichkeit ist aber von vornherein abzulehnen. Wie schon oben dargelegt, befaßte man sich z.Zt. des "Schuldenstreits" schon mit dem Gedanken einer Erweiterung des Schuldbegriffs in der Form, auch charakterologische Bestandteile mitzuumfassen. Der Gedanke Mezgers stellt also insofern keine nur auf Grund von § 20 a entwickelte neue Schuldlehre dar.

- II. Daher ist eine andere Lösung zu suchen. Es wäre weiterhin möglich, daß man den zwar bisher schon vorhandenen Gedanken, die Schuld an sich beinhalte mehr als lediglich Tat-Schuld, plötzlich positiv in einer gesetzlichen Norm, dem § 20 a, verwirklicht gefunden und nunmehr erst mit Nachdruck unter Berufung auf § 20 a die Anerkennung der Erweiterung des Schuldgedankens für das gesamte geltende StGB gefordert hat.

Dann hätte § 20 a lediglich den Anstoß zu einer erneuten und intensiveren Forderung nach Erweiterung des Schuldgedankens und einer Überprüfung des hergebrachten Tatschuldgedankens gegeben. § 20 a stellte also hiernach nicht einen absoluten Fremdkörper im geltenden Recht dar, sondern nur eine Bestimmung, bei deren Abfassung der Gesetzgeber, wenn sich herausstellen sollte, daß sie auch mit einem Schuldstrafrecht im weiteren Sinne nicht völlig vereinbar ist, lediglich über das Ziel hinausgeschossen wäre. Diese zweite Frage kann aber im Gegensatz zur ersten an dieser Stelle noch keine Beantwortung und Klärung erfahren, da hierfür erst die Überprüfung des § 20 a auf seine Verein-

barkeit mit dem Schuldprinzip erfolgen muß. Sie soll also daher zunächst zurückgestellt und an entsprechender Stelle wieder aufgegriffen werden. Hier ist jetzt, nachdem die zwei Vorfragen Erwähnung fanden, auf die Theorie Mezgers von der Lebensführungsschuld näher einzugehen.

Bockelmann¹⁾ bezeichnet diese Lehre vom Standpunkt seiner Arbeit aus als den wichtigsten Beitrag, der zur Diskussion des Tätergedankens in dem Sinne, wie ihn ähnlich Engisch verstanden haben will²⁾, geleistet worden ist.

Auch Lange³⁾ bezeichnet diese zuerst durch Mezger aufgestellte Lehre als einen entscheidenden Fortschritt insofern, als sie die Täterschuld ethisch fundiert, damit die Schuldidee wieder zu innerer Geschlossenheit gebracht und die Auffassung der Täterschuld als einer Tatschuld im weiteren Sinne ermöglicht habe.

In der Darstellung dieser Lehre Mezgers kann sich kurz gefaßt werden, da sie schon häufig dargelegt worden ist⁴⁾. Deshalb sollen hier nur die wesentlichen Punkte herausgestellt werden.

Mezger geht, wie er es früher schon getan hat⁵⁾, grund-

1) Bockelmann, Studien II, S.128

2) Vgl.oben S. 52 . Bockelmann hat seine Auffassung darüber, was er unter Täterstrafrecht verstehen will, in neuester Zeit in "Materialien zur Strafrechtsreform" Bd.I,S.29 zu erkennen gegeben, wo er ausführt: "Unter Täterstrafrecht soll daher hier nur ein solches Strafrecht verstanden werden, das die Frage nach dem "Wie" und womöglich auch die nach dem "Ob" der Strafe nicht nach Maßgabe der Tat als eines isolierbaren Einzelgeschehens, sondern nach einem Maßstab beantworten will, den das menschliche So-Sein der zu strafenden Persönlichkeit liefert". Bezüglich des "Ob" der Strafe geht diese Auffassung m.E. über die von Engisch hinaus.

3) Lange in ZStW 62/192

4) Vgl.z.B. die Darstellung von Bockelmann, Studien II, S.128 ff. mit Kritik; weiter Maurach, AT,S.327

5) Mezger in GerS.,Bd.89,S.254; weiter in MonKrimPsych, Bd.14,S.169/170: "Alles aber ist bei all dem sicher und über allen Zweifel erhaben: alle strafrechtliche Schuld ist Einzeltatschuld. Damit sei jedoch nicht gesagt, daß charakterologische Momente überhaupt keine

sätzlich auch hier von der Einzeltatschuld aus¹⁾. Er meint jedoch, daß auf diesem Standpunkt einer einseitig durchgeführten "klassischen" Straftheorie mit ihrer reinen Tat-Schuld-Strafe nicht stehengeblieben werden kann. Die Strafe habe etwas mit dem Wesen des Täters zu tun, und § 20 a lege dies auch unverkennbar dar, indem er sage, daß die strafrechtliche Schuld des Täters nicht nur die Einzeltatschuld, sondern auch seine ganze Lebensführungsschuld beinhalte²⁾.

Diese Lebensführungsschuld soll ein Haften des Täters für sein fehlgesteuertes, ihn zum Verbrechen treibendes Leben³⁾, für seine gesamte kriminelle und antisoziale Lebensführung⁴⁾ sein, die Lebensführung also, die ihn hat "aus der Art schlagen lassen"⁵⁾. Dieser Schuldgedanke ist jedoch radikal auf seine Bestandteile, die Einzeltatschuld und die Lebensführungsschuld, zu beschränken⁶⁾. Dispositionsschuld schlechthin, also Persönlichkeitskomponenten, für die der Täter nichts kann, begründen, selbst wenn sie gemeinschaftsschädlicher Art sind, keinen Schuldvorwurf⁷⁾. Daher haben die ererbten und angeborenen Anlagen für den Schuldvorwurf auszuschneiden⁸⁾; "denn wo der Täter, so wie er ist, schon in die Welt trat, da kann von

Rolle spielten (S.169). Weiter Mezger, LB 1949, S.256: "Alle Schuld ist Einzeltatschuld".

- 1) Mezger, StuB, AT, S.293: "Schuld ist zunächst die konkrete Tatschuld ..." und Grundriß, 2.Aufl., 1941, S.82 .
- 2) Mezger in ZStW 57/688
- 3) So Maurach, AT, S.327, bei Erörterung der Lebensführungsschuld Mezgers.
- 4) Mezger, StuB AT a.a.O.
- 5) Mezger, ZStW 57/688
Vgl. hierzu auch H.Mayer, StR AT, 1953, S.274 und Lange in ZStW 59/582 Anm.41
- 6) Mezger in ZStW 57/689
- 7) Mezger, Grundriß, 2.Aufl., S.82
- 8) Mezger in ZStW 57/689 und Grundriß a.a.O. mit dem Hinweis, daß eine weitere Ausdehnung in Form der Anrechnung von ererbten oder angeborenen Anlagen als "Schuld" jedem überlieferten und volksnahen Sprachgebrauch zuwiderliefe und auch juristisch zu Unklarheit und Verwirrung führte.

Täterschuld keine Rede sein". Soweit der Täter jedoch mit solchen Anlagen "fertig werden konnte", begründet die fehlende Anstrengung für den Täter eine echte "Lebensführungsschuld"¹⁾.

Aus all dem will Mezger²⁾ folgern, daß, soweit die Persönlichkeit in die Schuld einging, für die Tatschuld der Satz gälte: "Je mehr die Tat der Persönlichkeit entspricht, desto größer ist ihre Schuld und umgekehrt"³⁾.

Hier muß sich auch gleich eine Betrachtung der Theorie von der Lebensentscheidungsschuld Bockelmanns⁴⁾ anschließen. Bockelmann hat mit der Entwicklung dieser Theorie gezeigt, daß der Begriff der Lebensführungsschuld über seinen ursprünglichen Sinn hinaus erweitert werden kann. Dies geschieht in der Weise, daß jetzt auch die Erscheinung des plötzlichen Gesinnungsverfalls mitumfaßt wird. Mezger selbst hat diese Neuerungen anerkannt und erklärt, daß Bockelmann hierbei die Lehre von der Täterschuld in einem wichtigen Punkte weitergeführt habe und daß diese Weiterführung durchaus zutreffend sei. Dieser "plötzliche Gesinnungsverfall durch verfehlte Lebensentscheidung" sei insoweit echte "Lebensführungsschuld"⁵⁾.

1) Mezger, Grundriß a.a.O.

Kohlrausch-Lange, S.78, meint, daß es mit diesem zuerst von Mezger entwickelten Gedanken nicht in Widerspruch stünde, wenn verlangt würde, daß der Täter innerhalb der Grenzen menschlichen Vermögens auch mit Belastungen seiner Persönlichkeit fertig würde, für deren Entstehung er nichts könnte. Er beruft sich hierfür auf den Satz: "Du kannst, denn du sollst!"

2) Mezger, Grundriß a.a.O.

3) Daß dieser Satz Mezgers vom Blickpunkt einer Characterschuld, wie sie später noch erörtert werden soll, nicht anwendbar ist, betont Engisch mit Recht in ZStW 66/359, da jedes Verbrechen der Persönlichkeitsartung des Täters entspricht.

4) Vgl. Bockelmann, Studien II, S.153/154

5) So Mezger in ZStW 60/371

Insbesondere legt aber Engisch in seiner kritischen Betrachtung zu Bockelmanns Werk diese Unterschiede der Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld dar¹⁾. Er spricht dort von einer Überlegenheit der Bockelmann'schen Theorie der verfehlten Lebensentscheidung über die Mezger'sche Theorie von der Lebensführungsschuld insofern, als letztere in Konflikt gerate mit der Tatsache, daß für die Herausbildung eines schließlich kriminellen Charakters leicht auch an sich harmlose Verhaltensweisen maßgebend sein könnten. Während die Lebensführungsschuld also leicht durch ein "erlaubtes Risiko" aufgehoben sei, scheine die verfehlte Lebensentscheidung diesen Bedenken nicht ausgesetzt zu sein. Auf der anderen Seite gehe dem Bockelmann'schen Täterschuldbegriff jedoch weitgehend die Lebensnähe und Plastizität ab, die der Mezger'schen Idee eigen sei.

Aus allen diesen Darlegungen geht hervor, daß der Unterschied zwischen diesen beiden Theorien ein bedeutsam gradueller ist²⁾.

Auf eine rechtsethische Begründung des Vorwurfs verfehlter Lebensführung oder -entscheidung kann hier verzichtet werden, da eine solche bezüglich des hier gestellten Problems nicht weiterführen würde. Zunächst ist hier lediglich die entscheidende Frage zu stellen, die auch ohne rechtliche Begründung der Theorien an Hand der bisher herausgearbeiteten Inhaltsmerkmale beantwortet werden kann: Ist die

1) Vgl. Engisch, ZStW 61/176 f.

2) Da es sich nur um einen graduellen Unterschied handelt, den auch Mezger (oben S.59 Anm.5) nur als eine Erweiterung seiner Lebensführungsschuldidee betrachtet und daher auch mit "Lebensführungsschuld" bezeichnet haben möchte, ist es auch möglich, daß Schönke-Schröder, S.307 unter Vorbem.V,3c zu § 51, ausführt: "Für gewisse Fälle wird von manchen der Schuldvorwurf auf die verfehlte Lebensentscheidung oder auf die Lebensführung gegründet", und dann gleich anfügt: "Man spricht hier von einer Lebensführungsschuld".

Lebensführungs- bzw. die Lebensentscheidungstheorie in der Lage, den § 20 a mit dem Täterschuldbegriff, der von ihr entwickelt werde, in Einklang zu bringen? Hierfür ist es nötig, den beiden Theorien gemeinsamen Gedanken herauszustellen. Beide wollen die Schuld auf keinen Fall auf die erblich oder in anderer Weise schuldlos erworbenen Persönlichkeitsmerkmale bezogen wissen, für die der Täter "nichts kann"¹⁾. Die Strafe, die über einen Gewohnheitsverbrecher wegen eines unverschuldeten, auf Grund charakterlicher Veranlagung bestehenden inneren Hanges zu wiederholten Rechtsbrüchen²⁾ verhängt wird, kann daher von Mezger und Bockelmann nicht als Lebensführungs- bzw. Lebensentscheidungsschuld nachgewiesen werden. Dies ist aber nötig, da die Rechtsprechung wiederholt entschieden hat³⁾, daß es gleichgültig für die Bestrafung nach § 20 a sei, ob der Hang angeboren oder durch irgendwelche Umstände erworben oder gesteigert worden sei⁴⁾. Es komme nur darauf an, daß er bestehe und in der erwähnten Weise wirke.

1) Dem steht nicht entgegen, daß Bockelmann, Studien II, S.135/136, insofern Kritik an Mezger übt, als er der Auffassung ist, daß eine Unterscheidung der Fälle, in denen der Täter für seine Entartung "etwas kann", von solchen, in denen ihn keine Verantwortung trifft, nicht nach dem Maßstab der schuldhaften Lebensführung vollzogen werden kann, da der Charakter des Täters stets ein Produkt aus Lebensführungsakten und Anlagekomponenten sei, die durch ihre Wechselwirkung untrennbar wären. Gegen diese Behauptung Bockelmanns wendet sich Welzel in ZStW 60/465, Anm.66 ganz unten. Für sie spricht sich Heinitz in ZStW 63/76, Anm.69 aus.

2) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S.34 f.

3) Vgl. RG 69/129 (131); RG JW 38/2731; HRR 39/187; RG 73/277

4) Engisch betont in seiner Arbeit "Zur Idee der Täterschuld" in ZStW 61/167/168, daß diese aus der amtlichen Begründung stammende, vom RG übernommene Formulierung von vornherein der Täterschuld im Bockelmannschen Sinne widerspräche.

Wenn also die Rechtsprechung in jedem Falle die Strafe verhängt, so ist es hier die Aufgabe, nachzuprüfen, ob eine solche Strafe noch für Schuld im weiteren Sinne ergeht¹⁾.

Selbst wenn es Mezger und Bockelmann mit ihren Theorien gelingt, den verschuldeten Teil von charakterologischen Momenten, der durch die verfehlte Lebensführung oder Lebensentscheidung hervorgerufen wird, im Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" als Schuld im weiteren Sinne nachzuweisen, verbleibt doch der Rest von unverschuldeten Charakterzügen, die von einer solchen Schuld dann nicht umfaßt werden können.

Ganz zu schweigen ist in diesem Zusammenhang von einem Nachweis des Merkmals der "Gefährlichkeit" als Schuld. Auf dieses Problem braucht an dieser Stelle auch nicht eingegangen zu werden, da ja bewiesen wurde, daß schon am Merkmal des "Gewohnheitsverbrechers" der Schuldnachweis des § 20 a mit den Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuldtheorien scheitert. Das genügt jedoch, um die "Gefährlichkeit" zunächst ohne Überprüfung zu lassen.

Nach Abschluß dieser Erörterungen kann die oben²⁾ unbeantwortet gebliebene Frage schon eine Teilbeantwortung erfahren.

Wie dargelegt ist es nicht möglich, mit der Lebensführungs- bzw. Lebensentscheidungsidee den § 20 a als reine Schuldstrafbestimmung nachzuweisen. Diese Erkenntnis hat Mezger³⁾ schon bei der Entwicklung seiner Lehre über die

1) Die Auffassung des RG über die Strafe in § 20 a soll an dieser Stelle noch nicht näher dargelegt werden, sondern diese Erörterung wird später an entsprechender Stelle erfolgen. Erwähnt sei jedoch, daß nach dieser ständigen Rechtsprechung des RG der § 20 a weder verfahrensrechtlich noch sachlichrechtlich nur Schuldfrage gehört.

2) S. 56 unter II

3) Mezger im Jahre 1938 in ZStW 57/689 und "Grundriß", 1. Aufl., S. 142/43

Lebensführungsschuld gehabt. Als Zusammenfassung seiner damaligen Gedanken sei ein Zitat aus jüngster Zeit genannt¹⁾: "Die Strafe in § 20 a ist keine reine Schuldstrafe mehr, Sie ist es insoweit, als sich die Merkmale auf die Tatschuld und Lebensführungsschuld des Täters stützen; sie ist es nicht, wo sich die Strafe objektiv nach der Persönlichkeit des Täters richtet, hier wird sie zur Sicherungsstrafe."

Daß diese Erkenntnis Mezgers schon bei der Entwicklung der Lehre von der Lebensführungsschuld vorhanden war, läßt wertvolle Rückschlüsse zu, die zur teilweisen Beantwortung der eingangs gestellten Frage führen.

Eine völlige Einpassung des § 20 a in das System des Schuldstrafrechts war, wie auch von Mezger richtig erkannt wurde, mit seiner Theorie nicht möglich. § 20 a hat ihm also nur Anlaß gegeben, den bisherigen Tatschuldgedanken auf seine Haltbarkeit im System des StGB zu überprüfen, da er in diesem "Gewohnheitsverbrecherparagraphen" den Gedanken einer Erweiterung des Schuldbegriffs - freilich in zu weitgehender Form - positiv gesetzlich verwirklicht fand²⁾.

Die nun noch offene Frage, welche Konsequenzen sich hieraus für die Berechtigung des § 20 a im System des geltenden und künftigen Strafgesetzbuchs ergeben, kann aber erst nach Überprüfung aller Versuche, die Strafschärfung des § 20 a mit dem Schuldprinzip in Einklang zu bringen, beantwortet werden.

1) Mezger, StUB, AT, S. 275

2) Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60/462, gibt diesem Gedanken deutlich Ausdruck, indem er betont: "Durch die Wiederentdeckung des Täterschuldgedankens durch Mezger und vor allem durch Bockelmann hat diese Bestimmung (§ 20 a) allererst ihren tieferen Sinn erhalten".

b) Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher als Kriterium
unter dem Blickpunkt der Theorie einer Täterschuld

Von Wichtigkeit ist es also, an dieser Stelle weiter zu forschen, ob nicht auch die unverschuldeten Charakterzüge von der "Schuld" umfaßt werden können.

Diesen Gedanken stellt Engisch¹⁾ zum erstenmal klar zur Diskussion und erklärt unter Beibringung einiger Belege aus der ethischen Literatur, daß der Gedanke eines den Charakter als solchen belastenden, also nicht nur auf verfehlter Lebensentscheidung basierenden Vorwurfs, nicht als unerträglich empfunden wird. Der Verfasser betont allerdings, daß Voraussetzung für einen solchen Inhalt der Täterschuld ist, daß das heutige Strafgesetzbuch überhaupt dem Täterschuldgedanken Raum gebe ("Täterschuldgedanke als mögliche Konzeption des Strafgesetzgebers"), was in Frage zu stellen sei²⁾. Engisch weist also zunächst nur auf die theoretische Möglichkeit einer reinen Täterschuld hin, wenn er ausführt³⁾, daß sich folgende Durchführung der Täterschuldidee vertreten lasse:

"Hat ein Mensch mit gewissen Handlungen oder einem bestimmten Benehmen einen böartigen oder liederlichen Charakter an den Tag gelegt, so muß er für diesen seinen Charakter einstehen und büßen und zwar ohne Rücksicht darauf, wie er zu seinem Charakter gekommen ist, falls er nur überhaupt "Person" (also nicht geisteskrank oder unterentwickelt⁴⁾) ist und als solche sich betätigt hat (also nicht in einem Zustand von Bewußtseinsstörung usw.)". Diesen Gedanken greift Engisch später an anderer Stelle⁵⁾

1) Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61/172 ff.

2) Vgl. Engisch, a.a.O. S.170

3) Vgl. Engisch, a.a.O. S.174

4) Vgl. hierzu HRR 39/187: "Im Rahmen seiner Zurechnungsfähigkeit ist der Angeklagte (ein wegen Krankheit und körperlichen Verfall zum Gewohnheitsverbrecher gewordener Täter) für seine Taten verantwortlich".

5) Engisch in ZStW 66/359

unter Betonung, daß dieses die Idee der Täterschuld sei, die ihm in der zuletzt erwähnten Arbeit vorgeschwebt habe, wieder auf, wenn er ausführt: "Vielmehr ist jede Schuld, auch die des Gelegenheitstäters, irgendwie Charakterschuld, an jeder Tat ist die Persönlichkeit derart beteiligt, daß das Entstehen für die Tat zugleich Entstehen für das ist, was man ist ... Schuld ist also immer Charakterschuld und Verantwortung immer Entstehen für den Charakter".

Zur Verdeutlichung dieser These führt Engisch ein Zitat von Heinitz¹⁾ an, in dem dieser denselben Gedanken zum Ausdruck bringt und betont, daß man im Leben für das einzustehen habe, was man ist, ohne Rücksicht darauf, durch welche vielfältigen Gründe dies geworden ist und man sich auf eine gefährliche Ebene begäbe, wenn man das Entstehenmüssen auf die verschuldeten Komponenten einschränke.

Diese Angaben mögen genügen, um die von Engisch in seinen Studien²⁾ noch eingehender behandelte theoretische Möglichkeit einer Charakterschuld in ihren für das hier gestellte Problem des Nachweises von § 20 a als Schuldstrafe wichtigen Punkten und Grundprinzipien darzustellen. Eine rechtsethische Begründung dieser Theorie würde bezüglich des hier gestellten Problems zunächst nicht weiterführen³⁾.

Ohne auf das schon von Engisch zur Diskussion gestellte Problem, ob der Täterschuldgedanke für das geltende Strafrecht in Frage steht, einzugehen - bei einem Eingehen darauf wäre freilich eine rechtsethische Begründung unerlässlich -, soll hier lediglich die Frage gestellt werden, ob es einer solchen Charakterschuld im Sinne Engischs möglich

1) Heinitz in ZStW 63/74 und 76

2) Engisch in ZStW 61/166 ff. und 66/339

3) Aus denselben Gründen, die oben S.60f bei den Theorien über die Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld angeführt wurden.

wäre, das zu bewerkstelligen, was die Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuldtheorien nicht vermocht haben: die Strafe in § 20 a als reine "Schuldstrafe" nachzuweisen. Erst wenn diese Frage bejaht werden sollte, hätte es Sinn, das Problem, ob der Täterschuldgedanke in dieser Form im heutigen StGB enthalten ist, zu erörtern. Jedoch muß diese Frage verneint werden. Der Begriff des "gefährlichen Gewohnheitsverbrechers" in § 20 a läßt diese Bestimmung auch nicht unter Erweiterung des Schuldbegriffs i.S. einer Charakterschuld als reine Schuldstrafe erscheinen. Zum Beweis dieser Behauptung muß auf die oben¹⁾ gemachten Ausführungen über die Begriffe des "Gewohnheitsverbrechers" und der "Gefährlichkeit" zurückgegriffen werden.

Diese beiden Begriffe und ihre Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Charakterschuld im Sinne Engischs bilden den Kernpunkt des gestellten Problems. Beide sind, wie oben schon dargelegt, nicht identisch. Der Gewohnheitsverbrecher braucht nicht gefährlich, der gefährliche Täter braucht kein Gewohnheitsverbrecher zu sein. Die Charakterschuld²⁾ ist lediglich in der Lage, die Schuld eines Täters, der sich als ein "Gewohnheitsverbrecher" darstellt, nachzuweisen. Am Begriff der "Gefährlichkeit" scheitert auch diese Theorie. Die Gründe hierfür sind näher darzulegen.

Die Eigenschaft als "Gewohnheitsverbrecher" weist auf einen spezifischen Hang zum Verbrechen beim Täter hin. Allein das Vorliegen eines solchen Hanges, der auf Veranlassung beruhen oder durch Übung erworben sein kann, läßt den

1) Vgl. S. 32 ff.

2) Der Begriff "Charakterschuld" könnte zwar auch für die Theorien der Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld, die alle teilweise den Charakter des Täters zum Ausgangspunkt nehmen, gebraucht werden. Dies ist auch öfters getan worden, so z.B. bei Kohlrausch-Lange, S. 78 Anm. II, 2 zu § 20a. Ebenfalls ist den Ausführungen Maurachs, AT, S. 328, eine ähnliche Auffassung zu entnehmen. Anders will Schönke-Schröder, S. 307, den Begriff für die dem geltenden Recht fremde, von der Einzeltat völlig gelöste "Charakterschuld" verwenden, also über den hier gemeinten Begriffsinhalt hinausgehen.

Täter vom Blickpunkt der Charakterschuld aus gesehen, schuldig werden. Dieser Hang muß zur wiederholten Begehung von Rechtsbrüchen führen.

Er beinhaltet aber weiter auch eine Neigung zur Wiederholung von Rechtsbrüchen¹⁾. Dieses letztere Inhaltsmerkmal des Hanges, der zur Charakterisierung als Gewohnheitsverbrecher führt, wird oft als das prognostische Moment im Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" bezeichnet. Da letzterer Begriff also schon prognostische Momente enthalte, könne die weiter von § 20 a verlangte "Gefährlichkeit" nur noch eine graduelle Steigerung bedeuten²⁾.

Daß die den Hang des Gewohnheitsverbrechers kennzeichnende Neigung zur Wiederholung von Rechtsbrüchen als prognostisches Element nicht den in die Zukunft weisenden Momenten der "Gefährlichkeit" entspricht, also letztere nicht nur eine graduelle Steigerung des Begriffs "Gewohnheitsverbrecher" darstellt, sei im Folgenden dargelegt.

Die Bedeutung dieser "prognostischen Momente" ist hier eine andere als dort. Das eine Mal dienen sie der Festlegung des Begriffes des Gewohnheitsverbrechers, also seiner Persönlichkeitsgesamtwürdigung in Form einer Diagnose, das andere Mal soll jedoch auf Grund einer Prognose, d.h. auf Grund großer Wahrscheinlichkeit künftiger Taten, ein Urteil gefällt, also für das kriminelle Verhalten in der Zukunft, für die "Gefährlichkeit", gestraft werden. Konkreter ausgedrückt heißt das, daß beim Begriff des Gewohnheitsverbrechers das "prognostische Moment" der Begriffsinhaltsbestimmung des Hanges dient. Einen Hang zum Verbrechen und damit die Eigenschaft eines Gewohnheitsverbrechers weist ein Täter nur dann auf, wenn der Hang u.a. auch durch eine Neigung zu künftigen Rechtsbrüchen charakterisiert wird. Das heißt aber nicht, daß er wegen zukünft-

1) Vgl. Kohlrausch-Lange, S.82: "Die Tatsache des Rückfalls allein genügt nicht als Beweis für solchen inneren Hang".

2) Vgl. Kohlrausch-Lange, S.83

tiger Taten, die er mit bestimmter Wahrscheinlichkeit begehen wird, eine Strafe erdulden muß. Letztere Bestrafung für zukünftige verbrecherische Betätigung erfolgt nur, wenn auf die "Gefährlichkeit" abgezielt wird.

Auf eine kurze Formel gebracht, stellt sich der Unterschied der "prognostischen Elemente" im Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" und der "Gefährlichkeit" folgendermaßen dar:

Die "prognostischen Elemente" dienen im ersten Falle der näheren Umschreibung des Charakters des Täters, im letzteren Falle jedoch der Verhängung der Strafe.

Im ersten Falle ist es also möglich, bei Erweiterung des Schuldgedankens bis zur Gesamtcharakterhaftung wegen "Schuld" zu strafen und damit insoweit den Schuldgedanken für den Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" zu retten; denn der Charakter ist etwas, was entwickelt worden ist oder vorlag, auf jeden Fall Schuld für Vorliegendes, mag dieses Vorliegende auch von zukunftsweisenden Momenten, der Neigung zur Verbrechenswiederholung, näher bestimmt werden. Anders ist es jedoch, wenn zum Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" das Merkmal der Gefährlichkeit hinzukommt. Dann wird neben dem "schuldhaften Charakter" noch eine Strafe dafür verhängt, daß der Täter mit bestimmter Wahrscheinlichkeit in Zukunft erhebliche Straftaten begehen wird. Hier wird die Strafe also für zukünftige Straftaten verhängt. Das hat dann aber bestimmt nichts mehr mit Schuld-Strafe i.S. von Strafe für Charakterschuld zu tun. Diese Strafe für zukünftige Taten verläßt dann endgültig den sehr weit gespannten Schuldkreis der Charakterschuld.

Daher ist auch Engisch¹⁾ in vollem Umfange zuzustimmen, wenn er betont, daß die Überlegung am Platze sei, ob nicht der dem § 20 a zugrunde liegende Täterschuldgedanke durch die Heranziehung des Terminus "Gefährlichkeit" Not leide; denn das sei ja nun wirklich ein Begriff aus

1) Engisch in ZStW 66/363

einer anderen Welt als der der Schuld¹⁾.

Zusammenfassend ist als Ergebnis festzustellen, daß die "Charakterschuld" nur dann zum Nachweis des § 20 a als Schuldstrafe taugt, wenn im vorgenannten Paragraphen lediglich der Begriff des "Gewohnheitsverbrechers" gebraucht würde. Die Hinzufügung des Merkmals "gefährlich" verhindert es jedoch, daß § 20 a unter Erweiterung des Schuldgedankens mit Hilfe der Charakterschuld i.S.

Engischs als Schuld-Strafe nachgewiesen werden kann²⁾.

4. Die Meinungen in der Literatur über die Strafe in § 20a

Nachdem nun der Beweis erbracht ist, daß die Strafschärfung des § 20 a nicht restlos als Schuldstrafe nachgewiesen werden kann, sollen noch die in der Lehre und Recht-

-
- 1) Die Unvereinbarkeit von "Gefährlichkeit" und "Schuld" legt Mezger schon vor Erlass des Gesetzes vom 24.11. 1933 treffend in MonKrimPsych Bd.14, S.170 dar, wo er ausführt: "Damit ist das Wesen der Schuld in allem verschieden von dem früher besprochenen Wesen der Gefährlichkeit. Jene blickt auf eine in der Vergangenheit liegende konkretpsychologische Beziehung des Täters zu seiner Tat, verbunden mit den damals vorhandenen charakterologischen und vielleicht auch äußeren Verhältnissen zurück; diese hat eine Prognose für das zukünftige Verhalten des Täters im Auge". Weiter sei ein Wort Maurachs (AT S.43/44) über Gefährlichkeit und Schuld erwähnt: "Damit sind die beiden großen Antithesen bestimmt, die das Schicksal des Strafrechts in Händen halten: Schuld und Gefährlichkeit. Ihr Wert, ihr Verhältnis zueinander, vor allem aber ihre klare Abgrenzung voneinander sind für den Grundgedanken, den sittlichen Rang und die praktische Wirksamkeit des komplizierten Instruments, welches das Strafrecht darstellt, von entscheidender Bedeutung. Umgekehrt hat es an der unzureichenden Trennung Beider gelegen, daß auf dem Schicksalsgebiet des Strafrechts bei der Frage nach Wesen, Zweck und Grenzen so viel unfruchtbarer und verwirrender Streit entstehen konnte".
 - 2) Damit findet auch die auf Seite 56f. gestellte Frage ihre nunmehr völlige Beantwortung. Der Gesetzgeber ist also bei Abfassung des § 20 a über das Ziel hinausgeschossen.

sprechung entwickelten Ansichten über die Strafe in § 20 a Erwähnung finden¹⁾.

Diese Darstellung soll in der oben²⁾ schon angedeuteten Weise erfolgen, indem die Meinungen, ausgehend von der Einpassung des § 20 a in das System des StGB in der Stufenskala bis zur Resignation gegenüber § 20 a in der Form der Erklärung seiner Unvereinbarkeit mit dem Schuldstrafrecht, kritisch erörtert werden³⁾.

Es soll hierbei von den Ausführungen, die das Werk von Schäfer-Wagner-Schafheutle zu diesem Problem macht, ausgegangen werden⁴⁾. In Gegenüberstellung von § 20 a und § 42 e wird behauptet, daß sich im § 20 a einerseits der Gesetzgeber klar zum Schuldgedanken, im § 42 e andererseits dagegen zum Sicherungsgedanken bekannt habe. Der Gesetzgeber habe mit der Strafschärfung den Leitsatz "Strafe nur nach Maßgabe der Schuld" nicht etwa preisgegeben, sondern ihm vielmehr gerade auch durch die Strafschärfung des § 20 a Geltung verschaffen wollen.

1) Der Grund für die erst jetzt erfolgende Darlegung ist, daß auf diese Weise die in Lehre und Rechtsprechung existierenden Meinungen kritisch der hier vertretenen Auffassung gegenübergestellt werden können.

2) Siehe S. 29

3) In dieser Strafenskala müssen 2 Meinungen unerwähnt bleiben: die eine, die im Leipziger Kommentar, 6. Aufl. vertreten wurde, weil sie, wie auf S. 29 Anm. 1 vorliegender Arbeit ausgeführt wird, bereits aufgegeben worden ist; die andere, weil sie dieser Stufenskala überhaupt nicht eingepaßt werden kann. Es ist dies die Auffassung H. Mayers. Dieser möchte den § 20 a als *delictum sui generis* betrachten, wenn er ausführt (S. 63): "In Wahrheit ist gewohnheitsmäßige verbrecherische Betätigung ein Verbrechen besonderer Art ... Nach § 20 a ist demnach zu verurteilen, wer mit dem Willen ständiger Wiederholung von Verbrechen erhebliche Straftaten begangen hat. Dieser Wiederholungswille ... verbindet die einzelnen Handlungen zur Einheit dieser besonderen Gesamttat". Diese Meinung H. Mayers ist isoliert geblieben. Das ist nicht erstaunlich, da sie dem Gesetz widerspricht; denn weder aus dem Text noch aus dem Zweck des § 20 a geht hervor, daß eine solche Einschränkung beabsichtigt war.

4) Vgl. Schäfer-Wagner-Schafheutle, S. 68 Anm. 56

Bezüglich der in diesem Zusammenhang besonders interessierenden Frage, welche Bedeutung der Gefährlichkeit zugemessen wird, betonen die Verfasser: "Denn damit (mit der Gefährlichkeit) wird nur eine bestimmte Dauer, Richtung und Stärke des verbrecherischen Hanges gekennzeichnet, die es gestattet, eine Wahrscheinlichkeitsprognose für das zukünftige kriminelle Verhalten des Täters und für seine zukünftige kriminelle Schuld zu stellen". Diese Auffassung, die ohne nähere Begründung die "Gefährlichkeit" in § 20 a als nicht dem Schuldstrafrecht widersprechend ansehen will und alle Zweifelsfragen "der Klärung durch die Strafrechtswissenschaft" überlassen will, verdient Kritik. Einerseits mißt das Erläuterungsbuch den entscheidenden Problemen minder große Bedeutung zu und umgeht sie dadurch, daß sie ihre Klärung der Strafrechtswissenschaft überlassen möchte. Andererseits verwirrt der Ausdruck "künftige kriminelle Schuld" vollends, da es eine solche nicht geben kann und auch bisher noch nie gegeben hat. Schuld ist und bleibt auf die Vergangenheit bezogen, sonst würde die Strafe ihrem Wesen als Vergeltung für Schuld vollends entfremdet.

Obwohl Bockelmann im Ergebnis mit Schäfer-Wagner-Schafheutle insofern übereinstimmt, als er den § 20 a als schulderheblich nicht in Abrede stellen will¹⁾, gelangt er doch auf ganz anderen Wegen zu diesem Ergebnis. So betont er insbesondere entgegen Schäfer-Wagner-Schafheutle, daß § 20 a keineswegs "künftige kriminelle Schuld" sühnen wolle²⁾. Er legt vielmehr dem Gefährlichkeitsbegriff in § 20 a eine andere als die bisher geltende Bedeutung bei. Gefährlichkeit dürfe hier nicht als Rückfallswahrscheinlichkeit verstanden werden. Sie dürfe ihre eigentümliche Bedeutung nicht aus einer Zukunftsprognose, sondern sie müsse sie aus einer Vergangenheitswertung er-

1) Bockelmann, Studien II, S.40

2) Bockelmann, a.a.O., S.44: "Sühne für künftige Taten ist nicht denkbar".

halten. "Nicht die Gefahren, welche der Täter hinfort besorgen läßt, sondern die, welche er bisher herbeigeführt hat, müssen die Strafe begründen"¹⁾. Die von Bockelmann zitierten Arbeiten Wenigs²⁾ und Rietzschs³⁾ sind bemüht, die Gefährlichkeit in § 20 a als nicht in die Zukunftweisendes Moment nachzuweisen. Sie dienen insofern der Unterstützung von Bockelmanns Thesen. Auch Niethammer⁴⁾ vertritt später ebenfalls die Auffassung Bockelmanns über die Bedeutung der Gefährlichkeit in § 20 a.

Daß diese Meinungen folgerichtig den § 20 a in das System des Schuldstrafrechts in der erweiterten Form von Charakterschuld einpassen könnten, muß zugegeben werden; denn dadurch, daß man das prognostische Element aus dem Gefährlichkeitsbegriff entfernt, entgeht man den nach der hier vertretenen Auffassung unausweichlich gegebenen Folgerungen, daß der § 20 a zu einem Teil, nämlich soweit er für "Gefährlichkeit" straft, nicht Strafe für Schuld darstellt.

Diese oben angeführten Meinungen versuchen zwar, "das Übel bei der Wurzel zu fassen", sind jedoch auch nicht imstande, eine befriedigende Lösung dessen zu bieten, was Englisch⁵⁾ die "Quadratur des Zirkels" nennt: die Verbin-

1) Bockelmann, a.a.O.

2) Wenig, Der Täter und seine Tat, S.33 ff.

3) Rietzsch, Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung, 1938, S.49/50

4) Olshausen, 12.Aufl., 1942, S.97: "Sinn und Zweck der Strafe lassen es nicht zu, daß der Richter jemand ein Strafübel auferlege, weil er sich etwas Ungewisses, ein im Dunkel des Werdenden verborgenes Ereignis, das, wenn es eintreten sollte, ein Rechtsbruch wäre, als möglich oder wahrscheinlich vorstellt. Also muß das Wort "gefährlich" in § 20 a etwas anderes bedeuten, als so beschaffen, daß die öffentliche Sicherheit die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 42 e erfordert".

Diese Auffassung drückt Niethammer auch in DRZ 50/331 aus, um damit die Straferhöhung des § 20a als Erwidern auf schuldhaft begangenes Unrecht nachzuweisen.

5) Englisch in ZStW 66/361

dung von Schuld und Gefährlichkeit.

Zwar ist Bockelmann insoweit völlig zuzustimmen, als er eingangs erklärt¹⁾, die Gefährlichkeit könne nicht, wie Grünhut²⁾ es getan habe, einfach zum Schuldmoment gemacht werden. Jedoch ist es auch nicht möglich, sich seiner Methode der Ausräumung des prognostischen Moments aus dem Gefährlichkeitsbegriff zu bedienen. Die Gefährlichkeit beinhaltet eben, wie oben ausgeführt, als Wesensmerkmal die in die Zukunft weisenden Momente, und von dieser Gegebenheit kann auch bei § 20 a nicht abgewichen werden.

Engisch hat schon sehr früh, im Jahre 1935, als noch viele Autoren auf dem Standpunkt standen, daß der § 20 a dem Schuldstrafrecht einzupassen sei, erkannt, daß der Gefährlichkeitsbegriff in § 20 a eine solche Einfügung in das System verhindert³⁾.

Kohlrausch-Lange⁴⁾ versucht den § 20 a dem System des Schuldstrafrechts unter Preisgabe des Tat-Schuld-Gedankens einzupassen. Er bezeichnet die Strafe des § 20 a

1) Bockelmann, a.a.O., S.44

2) Grünhut in "Festschrift für G.Aschaffenburg" Beiheft 1 zur MonKrimPsych, 1926, S.87 ff. Auf Grünhuts Ausführungen soll im einzelnen nicht eingegangen werden. Im Schrifttum sind diese schon in hinreichender Form diskutiert und kritisiert worden. So z.B. Mezger, Moderne Strafrechtsprobleme, S.31 Anm.31. Mit aller Deutlichkeit muß jedoch festgestellt werden, daß gerade dieser Versuch Grünhuts, die Gefährlichkeit zum Schuldmoment zu machen, die ganze Problematik aufzeigt, die heute zur eindeutig herrschenden Abkehr vom Begriff der Gefährlichkeit als Schuldmoment geführt hat. Unter heute gewonnenen Erkenntnissen erscheinen die Argumente Grünhuts jedoch weitgehend als nicht haltbar und mit der Auffassung über Schuld und Gefährlichkeit unvereinbar.

3) Vgl. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S.65: "... das materielle Strafrecht ist noch im großen und ganzen vom Schuli- und Vergeltungsgedanken beherrscht, aber der neue § 20 a des StGB erhebt im inneren Widerspruch dazu die Gefährlichkeit zum Schuldmoment, ...".

4) Kohlrausch-Lange, S.78 Anm.II,2 zu § 20 a

als Sühne. Die Schuld als Voraussetzung der geschärften Strafe des § 20 a sei nicht so sehr Tatschuld, als vielmehr Lebensführungs- und damit Täterschuld. Mit diesem letzteren Gedanken stünde es nicht in Widerspruch, wenn verlangt würde, daß der Täter innerhalb der Grenzen menschlichen Vermögens auch mit Belastungen seiner Persönlichkeit fertig wird, für deren Entstehung er nichts kann, wie etwa ererbte Anlagen oder ein durch krankhafte Veränderungen herausgebildeter oder sonst unverschuldet erworbener Hang. Daher müsse der Satz gelten: Du kannst, denn du sollst! Die Gefährlichkeit bedeute jedoch nur eine graduelle Steigerung des Merkmals des Gewohnheitsverbrechers, da der Hang zum Kriminellwerden schon im Begriff des Gewohnheitsverbrechers liege¹⁾. Aber selbst dann, wenn diese Behauptung zuträfe, daß der Begriff "gefährlich" in § 20 a nur eine graduelle Steigerung des Begriffs "Gewohnheitsverbrecher" bedeutete und damit keine neuen inhaltsbestimmenden Merkmale hinzufügte, könnte Kohlrausch-Lange den § 20 a nicht auf diese Weise restlos als "Sühne-Strafe" nachweisen. Wenn nämlich die ererbten und alle die Anlagen, für die der Täter nichts kann, dann noch zur Schuld gerechnet werden, wenn es möglich ist, innerhalb der Grenzen menschlichen Vermögens mit diesen fertig zu werden, so bleibt doch die Frage, wie es dann ist, wenn es das menschliche Vermögen des Täters übersteigt, unverschuldete Anlagen zu überwinden, ohne befriedigende Antwort. Daß Kohlrausch-Lange dies auch erkannt hat, beweist seine Kritik an § 20 a Abs.1, der nach seiner Meinung fakultativ gefaßt sein müßte, da bei der bisherigen Regelung auch in

1) Kohlrausch-Lange, S.83, Anm.IV 2b zu § 20 a.
Nur unter diesem Gesichtspunkt der Gefährlichkeit als graduelle Steigerung des Gewohnheitsverbrecherbegriffes ist die Behauptung des Verfassers, daß die Gefährlichkeit verschuldet sein müsse (vgl. hierzu S. 77 unter Anm.II, 1 zu § 20a), verständlich.

Fällen, in denen klar sei, daß der Täter einer unverschuldeten Belastung nicht Herr werden konnte, die Strafe geschärft werden müsse (Kohlrausch-Lange, S. 78 unter Anm. II, 2, 3. Abs. zu § 20a). Daher ist die Darlegung Kohlrausch-Langes, daß der § 20 a der Sühne diene - wenn man unter Sühne das, was in Teil I der Arbeit ausgeführt wurde, versteht - mißverständlich und als ungenau zu beanstanden; denn § 20 a dient eben gerade nicht in allen Fällen der Sühne¹⁾.

Klar hingegen hat Mezger in konsequenter Form seine Auffassung dargelegt. Er scheidet von vornherein die Fälle aus, wo der Rahmen der Lebensführungsschuld überschritten wird. Daher kommt er folgerichtig zu der Feststellung: "Die Strafe des § 20 a ist keine reine Schuldstrafe mehr; sie ist es insoweit, als sich die Merkmale auf die Tatschuld und die Lebensführungsschuld des Täters stützen; sie ist es nicht, wo sich die Strafe objektiv nach der Persönlichkeit des Täters richtet; hier wird sie zur Sicherungsstrafe"²⁾.

Mezger erläutert diese Auffassung an anderer Stelle³⁾ noch näher. Eigenschaften, die dem Täter angeboren seien und für die er "nichts könne", seien nicht dessen "Schuld", sofern eine solche nicht im unterlassenen möglichen Widerstand liege. Ebenso wenig sei die Zukunftsprognose der Gefährlichkeit ein Schuldurteil. Mezger macht es vom konkreten Fall abhängig, wenn er betont, daß die Strafschärfung in § 20 a im Einzelfall reine Schuldstrafe sein könne, es aber nicht sein müsse.

1) Daß Kohlrausch-Lange auch keineswegs den § 20a restlos als Sühne nachweisen will, betonen auch Maurach (AT, S. 675) und Jagusch (LK I, S. 128), die beide bei der Hervorhebung der Zweckstrafe, die zum Teil in § 20a enthalten sei, zur Untermauerung hierfür den Kommentar von Kohlrausch-Lange anführen.

2) Mezger, StUB I, S. 275

3) Mezger, Grundriß, S. 162

Diese Auffassung Mezgers nähert sich der hier vertretenen Meinung insoweit, als sie die Gefährlichkeit als Zukunftsprognose auch von vornherein ausscheidet. Bezüglich der "Schuld" geht die hier vertretene Auffassung jedoch weiter.

Auch Welzel¹⁾ will wie Mezger eine Unterscheidung vornehmen. Sofern der verbrecherische Hang ein schuldhaft erworbener Charakterzug sei, müsse sich die Strafschärfung zugleich als Vergeltung für Charakterschuld darstellen. Soweit dagegen der Hang auf naturhaften Belastungen beruhe, sei die Vergeltung nur nach dem Maße der Schuld. Die darüber hinausgehende Strafschärfung müsse als eine besonders geartete Sicherungsmaßregel betrachtet werden.

Die zuletzt genannten Ansichten von Mezger und Welzel nehmen also eine klare Scheidung zwischen Schuld und Sicherungselementen in § 20a vor. Der Unterschied zu der hier vertretenen Auffassung liegt nur darin, daß bei ihr die Sicherungsstrafe erst durch das schuldfremde Merkmal der "Gefährlichkeit" indiziert wird, wohingegen bei jenen schon im Begriff des "Gewohnheitsverbrechers", soweit der Hang unverschuldet ist, Sicherungselemente zu finden sind.

Diese Auffassungen bilden den Übergang zu den Meinungen, die Lehren von der Lebensführungsschuld oder ähnlichen Konstruktionen, die durch Erweiterung des Schuldbegriffs noch Schuldmerkmale in § 20a feststellen wollen, völlig verwerfen und vom Standpunkt eines reinen Tatstrafrechts § 20a in seiner Gesamtheit als Sicherungs- bzw. Zweckstrafe bezeichnen.

An dieser Stelle muß zunächst jedoch noch die Auffassung Sauer's Erwähnung finden²⁾.

1) Welzel, S.228

2) W.Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl. S.152 ff. (1955)

Er geht zwar, wie die im folgenden darzulegenden Meinungen auch von der Auffassung eines reinen Tatschuldstrafrechts aus¹⁾. Für ihn ist jedoch die Strafe in § 20 a nicht Sicherungs- oder Zweckstrafe, sondern er versucht ihr vom Boden der Einzeltatschuld aus mit der Lehre von der chronischen Tendenzschuld Geltung zu verschaffen. Die Lebenseinstellungs- oder Tendenzschuld ist nach der Auffassung Sauers kein Gegensatz zur Einzeltatschuld. Sie bildet zu letzterer vielmehr eine Abart oder auch eine Sondererscheinung²⁾.

Der Täter, der gleiche oder ähnliche Delikte in größerer Zahl begangen hat, benützt den ihm vertrauten Gang unter Abkürzung und Beschleunigung des Entwicklungsprozesses und Überspringung von Zwischenstufen zur neuen Tat. Von diesem ihm vertrauten Weg weicht er nur dann ab, wenn neue Umwelthanlagen es erforderlich machen. Auf diese Weise gestaltet sich ein sonst allmählicher Entwicklungsprozeß im Laufe der Zeit zu einer festen Bindung und Potenz. So entsteht ein "wesenhafter Grundstock der chronischen Potenz- und Tendenzschuld": eine verhältnismäßig konstante, sich in zahlreichen Wiederholungen äußernde Willensrichtung, in der der Kriminalitätserreger wirkt und immer mehr erstarkt.

Daher ist die chronische Tendenzschuld nach Sauer eine sekundäre Form einer Mehrheit von Einzeltatschuld. Der Täter hat Eigenschaften erworben, die er bei nötiger und möglicher Widerstandskraft nicht anzunehmen brauchte. Spätere Taten von ähnlichem deliktischen Gehalt sind sekundäre Erscheinungen früherer Schuldfälle und stellen sich daher nun als Ausfluß chronischer Tendenzschuld dar³⁾. Bei dieser Auffassung Sauers ist es unverkennbar, daß er

1) Insofern lehnt auch Sauer den Begriff der Lebensführungs-
Mezgers ab (Sauer, a.a.O., S. 153 Anm. 13b) schuld

2) Vgl. Sauer, a.a.O. S. 153

3) Vgl. Sauer, a.a.O. S. 154/155

in seinem Bemühen, den § 20 a als echte Schuldstrafe nachzuweisen, nicht umhin gekommen ist, dem Schuldbegriff doch einen gegenüber der reinen Tatschuld erweiterten Inhalt zu geben. Nicht nur terminologische Ähnlichkeiten lenken den Blick auf die Lehren von der Lebensführungs- und Lebensentscheidungsschuld. Die chronische Tendenzschuld im Sinne Sauers berührt sich auch bezüglich ihrer Problematik in vielen Punkten mit letzteren Lehren. So leitet ebenso Mezger die Zustandshaftung aus der Handlungshaftung ab und macht dem menschlichen Sein nur dann einen Vorwurf, wenn dieses die Folge eines Tuns war¹⁾. Insofern stellt also die Lehre Sauers bezüglich der Einpassung des § 20 a in das System nichts Neues dar. Die Rechtfertigung des § 20 a als reine Schuldstrafe vom Boden des Tatschuldstrafrechts aus vorzunehmen, ist Sauer nicht gelungen.

Vom Standpunkt eines Tatschuldstrafrechts aus bekennt Jagusch hingegen, daß die Regelung des § 20 a bedenklich sei²⁾. Seine Meinung, daß § 20 a sich als Sicherungs- bzw. Zweckstrafe darstelle, hat er zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, jedoch ist diese Auffassung seinen Ausführungen bei der Kritik der Lebensführungsschuld zu entnehmen, wo er erklärt, daß dort, wo in der Persönlichkeit des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers Anlagen mitwirken, für die er nichts kann, die Strafschärfung des § 20 a nach wohl herrschender Meinung ohnehin nur als Sicherungs-, also als Zweckstrafe jenseits persönlicher Schuld erklärbar sei.

Schönke³⁾ hingegen erklärt ausdrücklich nach eingehender Kritik an der Lebensführungsschuldtheorie, weil diese dem Gewohnheitsverbrecher aus ererbter Anlage ohne befriedigende Lösung gegenüberstehe und insbesondere gegen diese Ansicht spreche, daß Voraussetzung der Strafschärfung die Gefährlichkeit des Täters sei, daß sich die strafrechtliche

1) Vgl. Bockelmann, Studien II, S. 144

2) Jagusch, IKI, S. 128, Anm. I 1 zu § 20 a

3) Schönke-Schröder, S. 106

reaktion des § 20 a befriedigend nur als Sicherungsstrafe erklären lasse.

Am eindeutigsten betont Maurach als Vergeltungstheoretiker zunächst, daß nur dasjenige vergolten werden könne, was jemand schuldhaft begangen habe. Eine Vergeltung für Gefährlichkeit, also für eine reine Prognose, sei ebenso undenkbar wie die Vergeltung für eine bloße Disposition; eine Eigenschaft des Täters in Form von "Charakterschuld" sei abwegig. Dabei komme es nicht darauf an, ob diese sich mit oder ohne Zutun des Verbrechers entwickelt habe. Daher kommt er im Falle des § 20 a zu der kompromißlosen Feststellung²⁾: "Nach dem Dargelegten besteht für die Beurteilung des § 20 a keine andere Möglichkeit als die der Resignation ... Die Anknüpfung der Verschärfungsstrafe an die bloße Gefährlichkeit des Täters an Stelle der auf die Tat bezogenen Schuld ... macht es unmöglich, die auf § 20 a beruhende Rechtsfolge als echte Strafe zu bezeichnen. Unter diesen Umständen ist es besser, die Dinge beim richtigen Namen zu nennen, als die Augen vor der Wirklichkeit zu verschließen. Denn nur in diesem Falle bleibt eine saubere Distanzierung des das StGB im übrigen nach wie vor beherrschenden Schuldgrundsatzes von der Außenseiterfigur des § 20 a möglich ... Die Rechtsfolge des § 20 a ist daher Zweckstrafe, schuld- und vergeltungsgelöste Zweckstrafe mit allen jenen häßlichen Wesensmerkmalen, wie sie jeder Zweckstrafe notwendig eigen sind"³⁾.

Sicher gehen die zuletzt genannten Autoren in ihrer Kritik an der Bestimmung des § 20 a zu weit. Hinsichtlich des

1) Maurach, AT, S.59/60; vgl. auch S.44

2) Maurach, AT, S.675/676
Vgl. auch schon Maurach, Grundriß des Strafrechts, AT, S.166/167

3) Beachte auch die Kritik Maurachs, AT, S.674 (§ 64 I, A 1 am Ende), wo er ausführt: "Daher bedeutete dessen (des § 20a) Einführung einen tiefen Einbruch in das System des Tatschuld-Strafrechts, auf dem das StGB errichtet war und an dem es im Grundsätzlichen auch heute noch festhält. § 20 a ist ein Fremdkörper im Organismus des geltenden Rechts". Der gleichen Auffassung ist Baumann, Strafrecht, AT, S.557

Momentes der Gefährlichkeit ist diese zu begrüßen. Jedoch ist es deshalb nicht nötig, die gesamte Konstruktion des § 20a zu verwerfen. Die Bezeichnung des § 20a in seiner Gesamtheit als Sicherungs- bzw. Zweckstrafe ist insofern nicht kompromißlos möglich, als der gewandelte Schuld-begriff heute keineswegs von vornherein verworfen werden kann und danach § 20a durchaus Schuldbestandteile enthalten könnte; denn auch dann, wenn man den § 20a zu einem Teil als Schuldstrafe bezeichnet, wie es Welzel und Mezger tun, ist noch eine saubere Distanzierung dieses Paragraphen von dem sonst undurchbrochenen Schuldprinzip möglich.

Die Vereinbarkeit des § 20a mit den Grundsätzen des Schuldstrafrechts darzutun, ist also an Hand der verschiedensten Konstruktionen versucht worden. Keine vermochte jedoch die Schwierigkeiten zu beseitigen, die für ein am Schuldgedanken orientiertes Strafrecht an dieser Stelle nun einmal bestehen.

Auch der hier vertretenen Auffassung gelingt der völlige Nachweis des § 20a als Schuldstrafe nicht. Jedoch soll diese Meinung bei der späteren Würdigung der Neuerungen des Entwurfs, insbesondere der Frage, inwieweit § 20a Recht auf Weitergeltung hat, Verwendung finden. Hierbei ist dann das schon sichtbar gewordene Problem von Bedeutung, daß an der von der Strafrechtsdogmatik ausgebildeten Schuldlehre zu überprüfen ist, was sich rechtlich, d.h. unter dem Zeichen der Rechtsidee, verantworten und rechtfertigen läßt.

Die Darstellung einiger Meinungen in der Literatur darüber, inwieweit § 20a Schuldstrafrecht enthält, inwieweit also die Strafschärfung des § 20a Vergeltung für Schuld beinhaltet, soll hiermit abgeschlossen werden. Sie sollte dazu beitragen, die vertretenen Meinungen noch einmal kritisch an der vorher erörterten Auffassung zu überprüfen.

5. Die Rechtsprechung zur Strafschärfung des § 20 a

Da sich Bockelmann¹⁾ schon eingehend kritisch mit der Stellung der Rechtsprechung bezüglich der Schuldfrage in § 20 a auseinandergesetzt hat, soll hier die Rechtsprechung nicht noch einmal in allen Einzelheiten aufgerollt werden, sondern es sollen nur wesentliche Punkte skizziert, später ergangene einschlägige Entscheidungen erwähnt, und hinsichtlich der Kritik soll auf die meist treffenden Ausführungen Bockelmanns Bezug genommen werden.

Nach ständiger Rechtsprechung gehört § 20 a weder verfahrensrechtlich noch sachlich-rechtlich zur Schuldfrage²⁾. § 20 a stellt sich also lediglich als Strafbestimmungsregel dar. Die Rechtsprechung will die Strafe unmittelbar auf die kriminalpsychologische Eigenart des Täters ausrichten. Der Täter wird also nicht wegen zu vergeltender Schlechtigkeit, sondern wegen zu bekämpfender Schädlichkeit bestraft, d.h. aber, daß die Strafe in § 20 a das gleiche wie die Sicherungsverwahrung in § 42 e verfolgt, daß also hier der Dualismus nicht rein durchgeführt ist. Der Gewohnheits- und auch der Gefährlichkeitsbegriff werden also von der Praxis rein kriminologisch aufgefaßt, und darunter wird lediglich eine besonders ungünstige Rückfallprognose verstanden³⁾. Freilich ist es bei einer solchen Auffassung völlig einerlei, ob der Hang angeboren oder durch irgendwelche Umstände erworben oder gesteigert worden ist. Die Entstehungsursache ist nach der Recht-

1) Bockelmann, Studien II, S. 36-42. Diesen kritischen Betrachtungen liegt insbesondere die Entscheidung des RG in Bd. 68/385 ff. zugrunde.

2) So RG 68/385 (388/89). Das RG hat in dieser Entscheidung betont, daß § 20 a nur eine Bedeutung für den Strafausspruch habe und daher der Schuldausspruch unangefochten bleibe, wenn die Revision fehlerhaften Gebrauch oder Nichtanwendung des § 20a rüge. Auf diese Entscheidung beziehen sich später RG 71/179 und RG JW 38/2889. RG 72/225 beruft sich vergleichsweise auf den "nur für den Strafausspruch und nicht für die Schuldfrage erheblichen § 20a". Auch der BGH in Bd. 4/229 betont, daß die Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher nicht zur Schuldfrage gehöre.

sprechung also völlig gleichgültig¹⁾).

Diese Rechtsprechung ist vor allem von Bockelmann²⁾ treffend kritisiert worden. Kurz sei daher auf diese Kritik eingegangen, die die grundlegenden Mängel dieser Rechtsprechung aufzeigt.

Das RG hat, wie oben dargelegt, mit seiner Auffassung die Strafe des § 20 a weitgehend der Maßregel angenähert. Das bedeutet aber, daß sie im Resultat den sauberen Dualismus preisgibt; denn im geltenden Strafrecht ist die im Schuldgedanken ethisch fundierte Strafe streng von der ausschließlich von Zweckerwägungen bestimmten Maßregel der Sicherung und Besserung zu unterscheiden. Bockelmann tritt aus diesem Grund der von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, daß diese vom Gesetzgeber beabsichtigte Unterscheidung von Strafe und Maßregel offenbar nicht überall rein durchgeführt sei, entschieden entgegen. Der Gesetzgeber habe die Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher nicht nur zum Anlaß einer besonderen Maßregel, sondern gleichzeitig als Grund für eine eigentümliche Strafe genommen. Daß beide dem gleichen Zweck zu dienen bestimmt seien, dürfe man dem Gesetzgeber nicht unterstellen; denn der Gesetzgeber habe in demselben Gesetz Strafschärfung und Sicherungsverwahrung geregelt und dadurch den tiefgreifenden Unterschied zwischen diesen beiden Regelungen ausdrücklich hervorgehoben. Die präventiven Aufgaben habe § 42 e zu übernehmen, die Strafschärfung des § 20 a hingegen habe einen anderen Sinn.

3) In diesem Sinne vgl. z.B. RG 72/295 und BGH 1/101

1) So die Entscheidung RG 69/131. Weitere Entscheidungen darüber, welche verschiedenen Ursachen der Hang haben kann, in RG 72/260 und 73/277.
Vgl. z.B. hierzu die umfangreichen Rechtsprechungsangaben bei Schönke-Schröder, S.110

2) Vgl. Bockelmann, a.a.O.

Sie treffe den Täter deshalb, weil er ein besonders verkommener Mensch sei, der seine Verdorbenheit zu sühnen habe. Daher könne die Qualifikation des § 20 a nicht als bloßer, außerhalb des Schuldbegriffes stehender Strafzumessungsgrund angesehen werden.

Damit hat Bockelmann treffend nachgewiesen, daß dem RG hinsichtlich seiner Auffassung über das Wesen des § 20 a nicht Recht gegeben werden kann. Bockelmann hat in dieser Kritik der Rechtsprechung gezeigt, daß neben die Bekämpfung des Täters und die Bestrafung der Tat eine Bestrafung des Täters zu treten hat, d.h. aber, daß eine Erweiterung des Schuldbegriffs in Form eines Täterstrafrechts unumgänglich ist.

6. Einzelproblem: Der Zeitpunkt der Feststellung der Gefährlichkeit des Gewohnheitsverbrechers nach § 20 a

An dieser Stelle soll noch das Problem, welcher Zeitpunkt für die Feststellung der Gefährlichkeit in § 20 a in Frage kommt, Erwähnung finden. Dieses Problem kann erst jetzt, nach Abschluß der Betrachtungen über die Strafe in § 20 a erörtert werden, da die Feststellung des Zeitpunktes, in dem die Gefährlichkeit vorliegen muß, davon abhängt, welche Auffassung man von der Strafschärfung des § 20 a hat. Nicht zuletzt kann eine Darlegung der einzelnen Meinungen in der Literatur nur erfolgen, wenn die Kenntnis von der Stellung dieser Autoren zur Strafe in § 20 a vorhanden ist.

Vorweg muß aber noch betont werden, daß diesem Problem, das noch nicht einhellig in der Literatur behandelt wird, große Bedeutung insofern zukommt, als die gesamte Strafschärfung des § 20 a entfallen muß, wenn zu dem im folgenden noch festzustellenden Zeitpunkt der Täter nicht "gefährlich" war oder ist.

Weiter ist es wichtig zu erkennen, daß auch bezüglich dieses Zeitpunktes ein bedeutsamer Unterschied zwischen der Gefährlichkeit und der Gewohnheitsverbrechereigenschaft besteht.

Während bei der Feststellung der Gefährlichkeit zwei Zeitpunkte als möglich in Frage kommen, nämlich der der Tatbegehung und der der Urteilsfindung, taucht die Frage nach dem Zeitpunkt, in dem die Gewohnheitsverbrechereigenschaft festzustellen ist, gar nicht im Schrifttum und in der Rechtsprechung auf. Der Grund hierfür ist in der Tatsache zu finden, daß bei der Feststellung, ob der Täter ein Gewohnheitsverbrecher ist, ein Auseinanderfallen der Zeitpunkte, an denen der Hang zum Verbrechen als chronischer Charakterzug auftaucht, nicht denkbar ist. Wenn der Täter zur Zeit der Deliktsbegehung ein "Gewohnheitsverbrecher" war, so wird dieser Hang zum Verbrechen, der auf Grund charakterlicher Veranlagung besteht oder auf Grund von Übung erworben ist, überhaupt keine Änderung positiver Natur bis zum Zeitpunkt des Urteils erfahren; denn gerade die fortwährende Verstärkung eines zum Verbrechen neigenden Willens führt zur Ausbildung eines Hanges, der einer Rückbildung nicht unterworfen ist und schon gar nicht durch entsprechende Erziehung innerhalb des Zeitraumes der Tatbegehung und der Aburteilung beseitigt werden kann. Daher ist ein Täter, der "Gewohnheitsverbrecher" zur Zeit der Tat ist, auch ein solcher zur Zeit der Aburteilung.

Umgekehrt kann eine Feststellung des Täters als "Gewohnheitsverbrecher" zum Zeitpunkt der Aburteilung nicht erfolgen, wenn diese Eigenschaft nicht schon zur Zeit der Tat vorhanden war; denn die abzuurteilende neue Tat hat mit den beiden vorhergehenden Taten symptomatische Bedeutung, d.h. die Eigenschaft als Gewohnheitsverbrecher kann u.a. nur auf Grund dieser Taten, also erstmals zu Begehung der dritten abzuurteilenden Tat, festgestellt werden. Anders verhält es sich bei dem Merkmal der Gefährlichkeit, da dort ein Auseinanderfallen der Zeitpunkte durchaus möglich ist. Dies zeigen die bekanntgewordenen und oft zitierten Beispiele des lahmgeschossenen Fassadenkletterers und des erblindeten Münzfälschers¹⁾.

1) Bockelmann (Studien II, S.56, Anm. 1) setzt diese Beispiele als bekannt voraus. Soweit ersichtlich werden sie zum erstenmal bei Kohlrausch (StGB für das Deutsche Reich, 32. Aufl., 1936, S.47 Anm. IV) erwähnt.

Erfolgte die Strafschärfung des § 20 a auf Grund reiner "Schuld", so käme folgerichtig kein anderer Zeitpunkt als der der Tatbegehung in Frage; denn die Strafe für in der Vergangenheit liegende Schuld kann sich nur aus der psychischen Konstitution des Täters zur Begehungszeit ermitteln lassen.

Daß Bockelmann¹⁾ tatsächlich den Zeitpunkt der Tat als den allein entscheidenden ansehen will, folgt aus seiner Stellung zum Begriff der "Gefährlichkeit" in § 20 a, die er als nicht prognostisches Element²⁾ mit dem sonst dem § 20 a innewohnenden erweiterten Schuldgedanken für vereinbar hält.

Die gleiche Auffassung wie Bockelmann vertritt das Erläuterungsbuch von Schäfer-Wagner-Schafheutle³⁾. Dort will man den Umstand, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher i.S. des § 20 a ist, als Merkmal gesteigerter Schuld aufgefaßt wissen. Das Merkmal des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers müsse also daher bei Begehung der abzuurteilenden letzten Einzeltat vorgelegen haben. Wörtlich heißt es dort: "Maßgebend für die Strafschärfung ist demnach lediglich der Zeitpunkt der Tat; es kommt nicht darauf an, ob der Täter auch im Zeitpunkt der Aburteilung der Tat die Eigenschaft des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers aufweist". Ebenso wie die beiden vorgenannten Werke steht auch Rietzsch⁴⁾ auf dem Standpunkt, daß die Zeit der Tat für die Feststellung der Gefährlichkeit ausschlaggebend sei.

Die heute überwiegende Meinung in Lehre und Rechtsprechung ist anderer Ansicht. Folgerichtig müssen diejenigen, die den § 20 a nicht mehr als Schuldstrafrecht anerkennen,

1) Bockelmann, a.a.O.

2) Vgl. oben S. 71 f.

3) Vgl. oben S. 70 f.

4) Rietzsch, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, 2.Aufl., Anm.4

5) Vgl. oben S.

sondern in ihm prognostische Elemente finden, auch bezüglich der Feststellung der Gefährlichkeit, die eine rein in die Zukunft weisende Tendenz besitzt, den Zeitpunkt des Urteils wählen.

Die hier vertretene Auffassung weicht zwar hinsichtlich der Betrachtung des § 20 a im Hinblick auf das Schuldstrafrecht von den bisher dargelegten Meinungen¹⁾ der Literatur in gewissen Punkten ab. Bezüglich des Zeitpunktes der Gefährlichkeitsfeststellung stimmt sie jedoch mit der noch darzulegenden herrschenden Meinung voll überein. Diese Konsequenz zu ziehen, ist zwingend geboten, da dann, wenn man den § 20 a zwar entgegen der überwiegenden Meinung auch bezüglich der unverschuldeten Charakterzüge mit dem Schuldprinzip für vereinbar hält, doch letztlich noch ein Merkmal, wie das der Gefährlichkeit als unvereinbar mit der Schuldstrafe übrig bleibt. Der Zeitpunkt wegen dieses "Nicht-Schuld-Merkmals" muß auf die Zeit der Urteilsfällung bezogen werden. Auch das geringste in die Zukunft weisende Moment muß vom gegenwärtigen Standpunkt aus beurteilt werden, also vom Zeitpunkt des Urteils aus.

Die überwiegende Meinung in der Literatur will also entgegen Bockelmann, Schäfer-Wagner-Schafheutle und Rietzsch den Zeitpunkt des Urteils als den ausschlaggebenden betrachtet wissen. So betont der Kommentar von Kohlrausch-Lange²⁾: "Die Feststellung, der Abzuurteilende sei ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, erfordert eine Beurteilung der Persönlichkeit, wie sie sich im Zeitpunkt des Urteils darstellt. Daß der Täter einmal (zur Zeit der Tat) ein solcher war, begründet keine Strafschärfung nach § 20 a"³⁾. Der gleichen Auffassung ist Schönke⁴⁾, der aus-

1) Vgl. oben S. 69 ff.

2) Kohlrausch-Lange, S.83, vgl. auch S.79

3) H.Mayer (Strafrecht AT,S.63) nennt eine solche verschiedene Beurteilung des Verbrechers, der zwar zur Zeit der Tat ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher war, jedoch zur Zeit der Urteilsfällung nicht mehr gefährlich ist, eine seltsame Gerechtigkeit.

4) Schönke-Schröder, S.106 Anm.I,2 b; vgl. auch S.113

führt: "Der für die Gefährlichkeit des Täters maßgebende Zeitpunkt ist der des Urteils, nicht der der Begehung der Tat".

Die meisten der Autoren, die die letztere Auffassung vertreten, so z.B. Schäfer-Dohnanyi¹⁾, Niethammer²⁾, Nagler³⁾, Mezger⁴⁾ und Maurach⁵⁾ verweisen zur Begründung auf die ständige Rechtsprechung des RG⁶⁾ und neuerdings auch des BGH⁷⁾, für die auch kein anderer Zeitpunkt als der der Urteilsfällung in Frage kommt.

Eine Sonderstellung in der Literatur zu dieser Frage nimmt die Meinung Welzels⁸⁾ ein, der eine Unterscheidung bezüglich des Zeitpunktes des Gefährlichkeitsurteils vornehmen möchte. Soweit die Strafschärfung des § 20 a Vergeltung für schuldhaftes Tätersein sei, müsse der Augenblick der Tat entscheidend sein. Trage jedoch die Strafschärfung bloßen Sicherheitscharakter, so käme es auf den Zeitpunkt des Urteils an.

1) Schäfer-Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-36, S.71

2) Niethammer, Anm. zu DRZ 50/330: "ex nunc-Bestimmung"

3) Nagler, in ZAKDR 39/386

4) Mezger, StUB AT, 9. Aufl., S.275 und Anm. zu DR 40/1277

5) Maurach, AT, S.686

6) Vgl. die Entscheidungen RG 68/155 u.156; 72/356 = JW 38/3101; RG JW 39/620; RG 73/277; RG 74/218 = DR 40/1277.

Zu den meisten dieser Entscheidungen wurde das RG durch die Frage gedrängt, welche Unterschiede bezüglich der Zeitpunkte der Feststellung der Gefährlichkeit nach § 20 a und der Erforderlichkeit der Verwahrung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit in § 42 e bestehen. Diese Frage braucht jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht näher behandelt zu werden, da hier lediglich die mit der Strafschärfung des § 20 a zusammenhängenden Fragen erörtert werden sollen. Zu diesem Problem sei auf die eingehende Entscheidung RG 72/356 ff. verwiesen.

Vgl. hierzu weiter beispielsweise Maurach, AT, S.685 ff; Schönke-Schröder, S.185; Kohlrausch-Lange, S.129 .

7) BGH 1/100

8) "Weizel, S.226/227

Abgesehen davon, daß eine scharfe Trennung der Schuldvergeltungsteile der Strafe und derjenigen Teile, die Sicherungscharakter tragen, wohl in der Praxis nicht möglich ist, und daß der Richter damit überfordert wäre, ist eine solche Lösung schon vom Gedanken der "Gefährlichkeit" her nicht annehmbar. Die Gefährlichkeit kann wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Schuldgedanken überhaupt nicht zur Beurteilung des Teiles der Strafschärfung für schuldhaftes Tätersein herangezogen werden; also ist es auch für diesen "Teil" der Strafe ohne Bedeutung, ob der Täter schon zum Zeitpunkt der Tat "gefährlich" war. Selbst wenn man mit Welzel die Strafe des § 20 a in zwei Teile zerlegt, in einen für Schuld und einen mit bloßem Sicherungscharakter, so hat es, da nur der letztere Teil auf Grund von "Gefährlichkeit" verhängt wird, auch in diesem Teil nur Sinn, von einem Zeitpunkt der Feststellung der Gefährlichkeit zu sprechen. Dieser muß dann allerdings wegen seines präventiven Charakters der der Hauptverhandlung sein.

T e i l I I I

C. Die Strafe bei den Rückfalltaten

1. Die Rückfallbestimmungen im allgemeinen und Problemstellung

Der Begriff des Rückfalls muß in der allgemeinsten und weitreichendsten Bedeutung folgendermaßen gefaßt werden: Ein Verbrecher begeht nach bereits vorher erfolgter Deliktsfälligkeit erneut eine Straftat.

Daß eine solche allgemeine Rückfallsregelung nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat, zeigt ein Blick auf die Bestimmungen des StGB. Zwar kann Rückfall bei allen Tatbeständen als Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden¹⁾, jedoch regelt das StGB den Rückfall speziell nur noch in 4 Bestimmungen obligatorisch im Gegensatz zu den Vorläufern des geltenden Rechts, auf deren Regelung später noch einzugehen ist. Eine Strafschärfung erfolgt also nur bei dem Diebstahl (§§ 244, 245), bei dem Raub (§ 250 I Nr.5), bei der Hehlerei (§ 261) und bei dem Betrug (§ 264). Mit diesen 4 Bestimmungen, von denen die drei zuletzt genannten auf die Vorschrift des § 245 verweisen, und auch sonst weitgehend der Regelung des Diebstahls ähneln, so daß sich die Betrachtung, soweit keine Abweichungen bestehen, vornehmlich auf die Diebstahlsregelung beziehen kann, muß sich im folgenden befaßt werden. Dabei soll das Augenmerk auf die Strafe, die diese 4 Bestimmungen verhängen, gerichtet und es soll zugleich untersucht werden, ob diese Strafe Vergeltung in dem im Teil I erörterten Sinne darstellt. Soweit erforderlich, muß hierbei auch Bezug auf die Ausführungen über die Strafe in § 20 a, insbesondere auf die Untersuchungen bezüglich des Begriffs der Gewohnheits-

1) Selbstverständlich scheiden die 4 noch zu nennenden Rückfallbestimmungen hierbei aus. Bei ihnen ist es unzulässig, die Höhe der Strafe bei der Strafzumessung damit zu begründen, daß die früheren Bestrafungen keinen Erfolg hatten; denn damit würde die Rückfälligkeit nochmals als Strafzumessungsgrund herangezogen.

mäßigkeit, der Symptomen und der damit zusammenhängenden Probleme genommen werden.

Vorweg sei noch auf die Einschränkungen, die das heute geltende Recht gegenüber dem oben erwähnten Rückfallbegriff macht, eingegangen.

Es muß sich bei den 4 genannten Bestimmungen nicht um irgendeine erneute Deliktsfähigkeit, sondern um ganz bestimmte gleiche oder gleichartige neue Taten handeln. So wird bei Betrug und Hehlerei nur die Begehung des gleichen Delikts berücksichtigt, während bei dem Diebstahl und Raub gleichartige (§ 244: Räuber, gleich einem Räuber oder Hehler; § 250 I Nr.5: gleich einem Räuber) Rückfälle genügen. Weiter wird bei allen Bestimmungen, außer der des Raubs, wo einmaliger Rückfall genügt, erst die dritte Tat als Rückfall bestraft.

Weitere Einschränkungen gegenüber der allgemeinen Definition des Rückfalls bestehen im Hinblick auf Auslandstaten, die als Vortaten keine Berücksichtigung finden, und bezüglich der Verjährungsfrist des § 245, auf die §§ 250 I Nr.5, 261 III und 264 III Bezug nehmen.

Diese vielen Einengungen¹⁾ eines allgemeinen Rückfallbegriffes im oben erwähnten Sinne lassen jedoch keinerlei Ermessensfreiheit des an obligatorische Schärfe gebundenen Richters zu, wenn auch die Möglichkeit der Zuerkennung mildernder Umstände (§ 244 II) die obligatorische Strafe der

1) Der § 244 i.V. mit dem § 245 stellt sich z.B. im technischen Sinne so dar:

- a) Rechtskräftige Verurteilung im Inland als Dieb, Räuber, gleich einem Räuber oder als Hehler.
- b) Die mindestens teilweise Verbüßung dieser Strafe oder einen Straferlaß.
- c) Wiederholung der Vorgänge zu 1) und 2).
- d) Jetzt die weitere Begehung eines Diebstahls.
- e) Alle diese Vorgänge müssen unter Beachtung der Frist des § 245 gewürdigt werden, die allerdings nur die Zeit zwischen der letzten Vortat und der neu abzuurteilenden Tat betrifft.

Rückfalltaten weitgehend ihrer Schärfe beraubt. Der Verbrechenscharakter der Tat wird jedoch dadurch nicht berührt¹⁾.

Bei dieser engen Umgrenzung des Rückfallbegriffs gewinnt das gern zitierte Wort M.E.Mayers²⁾, daß der Richter, anders als bei der Gewohnheitsmäßigkeit, wo er die Seele des Täters erforschen müsse, beim Rückfall lediglich Kenntnis der Strafregistrauszüge haben müsse, besondere Plastizität.

Das Problem, auf das es im folgenden ankommt, liegt, da es sich um die Strafe bei den Rückfalldelikten handeln soll, wiederum auf dem Gebiete der Schuld. Hierbei muß die Untersuchung sich insbesondere darauf erstrecken, ob die Rückfallschärfung sich mit der Einzeltatschuld rechtfertigen läßt. Mit einer Schuld im erweiterten Sinne in Form einer Charakterschuld wären die Rückfalltaten auf jeden Fall nach der hier vertretenen Auffassung deshalb zu rechtfertigen, weil eine solche Charakterschuld den gesamten Begriff eines Gewohnheitsverbrechers umfaßt, also demnach auch für einen Rückfalltäter genügte, selbst wenn man darunter einen Täter mit einem kriminellen Hang zu Taten gleicher Art verstünde. Dieser Nachweis der Rückfallstrafe als Schuld-Strafe im erweiterten Sinne müßte jedoch dann einen Berechtigungsnachweis, also eine rechtliche und damit rechtsethische Begründung der Charakterschuld im heute geltenden Recht, fordern. Eine solche Begründung war bei dem § 20 a deshalb entfallen, weil erkannt wurde, daß selbst mit einer Charakterschuld, wie sie Engisch zur Diskussion gestellt hat, ein Nachweis der Strafschärfung des § 20 a als Schuldstrafe nicht möglich war, also eine rechtliche Begründung der Charakterschuld dort nicht erforderlich wurde³⁾. Eine solche rechtliche Begründung entfällt bei den Rückfalltaten ebenfalls, wenn sie als Einzeltatschuld nachgewiesen werden können.

1) BGH 7/267

2) M.E.Mayer, LB, S.484

3) Vgl. S. 65 Anm.3

Daher ist es erforderlich, im folgenden zu überprüfen, ob die Rückfallschärfung wegen des kriminellen Hanges zu Taten gleicher Art oder lediglich wegen erhöhter Einzeltatschuld, die durch die vergeblich erteilte Warnung in Form von Verbüßung, teilweiser Verbüßung, teilweisem oder ganzem Erlaß begründet worden ist, verhängt wird. Zwei Alternativen stehen also zur Entscheidung, deren Unterschied noch einmal mit aller Deutlichkeit herausgestellt werden muß:

- a) Die Schärfung der Rückfalltaten wird speziell wegen der verbrecherischen Neigung verhängt, die dem Täter inneohnt und ihn immer wieder zu Taten gleicher Art treibt. In diesem Falle würde die Persönlichkeit als solche gestraft, und den Rückfalltaten käme lediglich symptomatische Bedeutung für den Nachweis einer solchen Neigung bzw. eines solchen Hanges zu.
- b) Die Rückfallschärfung ergeht auf Grund echter erhöhter Tatschuld, die der Täter deswegen auf sich lädt, weil er sich trotz wiederholter Warnungen von einer neuen Straftat nicht abhalten läßt und dadurch einen besonderen Intensitätsgrad von Einzeltatschuld aufweist. Selbstverständlich kann auch hier eine Neigung zu Taten gleicher Art vorliegen, jedoch muß dies nicht der Fall sein.

2. Die Vorläufer des StGB und ihre Bedeutung für das gestellte Problem

a) Die Partikulargesetze

Eine Zusammenstellung von strafrechtlichen Rückfallbestimmungen in deutschen und ausländischen Gesetzgebungen hat schon Radbruch¹⁾ in Anlehnung an die Motive des nord-

1) Radbruch, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd.3, S.204 ff.

deutschen Entwurfs¹⁾ vorgenommen. Später befaßt sich Bockelmann eingehend mit den Regelungen der deutschen Partikulargesetzgebungen über den Rückfall²⁾. Einige Partikularregelungen des Rückfalls sollen im folgenden herausgegriffen werden. Das bayerische StGB von 1813 regelt in den Artikeln 111-117 den Rückfall. Nach Art.111 soll derjenige, der sich nach erlittener Strafe eines vorsätzlichen Verbrechens derselben Art von neuem schuldig macht, höher bestraft werden. Das württembergische StGB von 1839, das in Art.124-128 den Rückfall regelt, verlangt hingegen in Art.124 lediglich, daß der Täter nach rechtskräftiger Verurteilung sich eines Verbrechens oder Vergehens gleicher Art schuldig macht. Ähnlich der bayerischen Regelung bezeichnet das braunschweigische Kriminalgesetzbuch von 1840 im § 58 den als rückfällig, der nach ganzer oder teilweiser Erleidung einer Strafe, also Verbüßung der Strafe, erneut eine gleiche oder gleichartige (§ 59) Übertretung begeht. Eine ähnliche Regelung sieht das aus dem gleichen Jahr wie das zuletzt genannte stammende hannoveraner Kriminalgesetzbuch in den Art.111-116 vor. Die Gleichartigkeit soll gemäß Art.112 nach der dadurch an den Tag gelegten rechtswidrigen Gesinnung oder Neigung des Täters beurteilt werden. Wie die beiden zuletzt genannten ist auch die Regelung der sächsischen Gesetze von 1838 (§§ 58 ff.), 1855 (Art.82/83) und 1868 (Art.82-85) erfolgt. Nicht zuletzt sei das preußische StGB von 1851 genannt, das im Art.58 den für rückfällig erklärt, der nach rechtskräftiger Verurteilung durch einen preußischen Gerichtshof dasselbe Verbrechen oder Vergehen wiederum begeht.

1) Anlage zu den Motiven des norddeutschen Entwurfs unter Anm.XII, S.72 ff.

2) Bockelmann, Studien I, S.11 ff.
Vgl. auch Effertz, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 218, S.17

Alle die bis hierher genannten Regelungen bestraften den Rückfall bei jedem Delikt, das die vorgeschriebene Qualifikation als gleiches oder gleichartiges Verbrechen oder Vergehen besaß. Sie stellten sich daher als Rückfallgeneralklauseln dar. Keine solchen Generalklauseln enthielten z.B. das badische Strafgesetzbuch von 1845 und das hessische StGB von 1841. Sie zählen in ihren Artikeln 183 bzw. 94 lediglich eine Vielzahl von Delikten auf, die im Rückfall der Schärfung unterlagen.¹⁾

Bockelmann²⁾ will aus einer solchen meist vorhandenen Generalklausel bzw. der Aufzählung einer Vielzahl von rückfallbegründenden Delikten folgenden Schluß ziehen: Der Grund der Bestrafung wegen Rückfalls könne daher nicht in der besonderen Schutzbedürftigkeit einzelner Rechtsgüter liegen. Eine allgemeine Rückfallstrafe sei also nur verständlich, wenn nicht die Tat, sondern der Täter, dem ein Hang zum Verbrechen bestimmter Art, eine bestimmte schlimme Gewohnheit, innewohne, bestraft würde. Verschiedene Delikte könnten verschiedene Ursachen haben, die das einzelne, für sich betrachtet, verzeihlich erscheinen lassen. Gleiche oder gleichartige Taten ließen jedoch den Schluß auf eine Charakterverderbtheit, eine eingewurzelte Neigung des Täters zu gleichen Taten, zu. Der Täter sei also in Wirklichkeit in den Partikulargesetzen der Grund der Bestrafung

Diese These versucht Bockelmann noch mit dem Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zu den Partikulargesetzen³⁾ und auf die diesbezügliche Literatur⁴⁾ zu untermauern.

1) Alle Partikulargesetzbücher zu überprüfen, wie sie Binding (Grundriß AT, 1907, S.40 ff.) lückenlos darstellt, ist zur Lösung des hier gestellten Problems nicht erforderlich und würde außerdem zu weit führen. Die hier zu nennenden Strafgesetzbücher sollen also nur die Tendenz der Partikulargesetzgebung bezüglich des Rückfalls aufzeigen bzw. nachweisen.

2) Bockelmann, Studien I, S.14

3) Bockelmann, a.a.O., S.16 f

4) Bockelmann, a.a.O., S.17 f

Trotz mancher Kritik¹⁾ an Bockelmanns Auffassung, daß die Rückfallregelungen der Partikularrechte vornehmlich den Täter wegen seines Hanges zum Verbrechen gleicher Art, also die Täterpersönlichkeit als solche, mit Strafe belegen wollen, muß dem Verfasser doch zugestimmt werden. Wenn die partikularrechtliche Theorie²⁾ auch das in den Gesetzen zum Ausdruck kommende Primat der Bestrafung der Täterpersönlichkeit schon aufgegeben hatte, so ist das kein Anlaß, den Partikularregelungen nun einen anderen Sinn zu geben bzw. sie anders zu deuten. In den meisten von ihnen kam schon rein terminologisch³⁾ die Tendenz zur Täterbestrafung zum Ausdruck. Daher sei die These Bockelmanns, daß die Partikularrechte beim Rückfall die Täterbestrafung besonders in den Vordergrund stellen, als bewiesen angesehen.

b) Die Regelungen der Partikulargesetze und deren Bedeutung für das geltende Recht

Hier interessiert die Frage, die auf den vorhergehenden Ausführungen aufbaut, ob die heutige Regelung in Form der 4 Rückfalltatbestände sich lediglich als ein verkümmerter Rest von Rückfallbestimmungen aus der Zeit der Partikulargesetzgebung darstellt und damit noch im Geiste jener beurteilt werden muß, oder ob sie Neuerungen und bewußte Abweichungen des Strafgesetzgebers von 1871 von den Partikularregelungen i.S. eines reinen Tatstrafrechts darstellen.

Bockelmann neigt offenbar letzterer Auffassung zu, wenn er betont⁴⁾, daß das Gesetz in den geltenden Rückfallbestim-

1) H.Mayer, Strafrecht, S.67 Anm.11

2) In diesem Zusammenhange muß auf die Werke Feuerbachs "Die Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts", Bd.I, 1799 und Bd.II, 1800, verwiesen werden.

3) Art.112 des Kriminalgesetzbuches von Hannover aus dem Jahre 1840, wo von der rechtswidrigen Gesinnung und Neigung des Täters die Rede ist.

4) Bockelmann, a.a.O., S.18

mungen deutliche Abneigung gegen das Täterprinzip zeige¹⁾. Anders sei die Zurückhaltung, mit der es den Rückfall behandle, nicht zu klären. Das heißt aber, daß der Gesetzgeber, um die Täterbestrafung zu beseitigen, den Rückfall nur noch zurückhaltend in 4 Bestimmungen als lediglich erhöhte Einzeltatschuldstrafe geregelt hat.

Zurückzugehen ist hierbei, wie es in solchen Fällen gern geschieht, auf die Motive zum StGB, die allein Aufschluß über die Gründe der heutigen Rückfallregelung geben könnten.

Die Motive führen hierzu aus: "Als Strafschärfungsgründe wurden die früheren Bestrafungen nur deshalb verwandt, weil sie den verbrecherischen Willen des Täters, dem sie nicht zur Warnung und Besserung gedient haben, als besonders strafwürdig erscheinen lassen"²⁾.

Im Gegensatz zu den Partikulargesetzen liegt also die Betonung hier auf der Tatschuldseite. Der Täter hat mit seiner Tat bewiesen, daß die früheren Bestrafungen ihm nicht zur Warnung und Besserung gedient haben. Damit hat er erhöhte Schuld auf sich geladen.

Diese Motive sind jedoch zu einer Zeit verfaßt worden, in der das gesamte Denken unter dem Einfluß der klassischen Schule vom Vergeltungsgedanken bestimmt war. Daher kommt diesen Motiven nicht unbedingte Beweiskraft zu; denn man könnte unter dem Einfluß des Vergeltungsgedankens auch den im Grunde nicht damit im Einklang stehenden Rückfallbestimmungen, die an sich einen anderen Sinn haben sollten, eine ihnen nicht zukommende Begründung gegeben haben.

¹⁾ H.Mayer (S.62 Anm.12) nimmt kritisch gegen diese Ausführungen Bockelmanns Stellung, indem er sagt: "Bockelmann will in dieser Entscheidung (den Motiven zum StGB, S.110 ff.) eine Absage an das Täterstrafrecht sehen, m.E. mit Unrecht. Die Motive leugnen nur, und zwar mit Recht, daß der Rückfall die Gefährlichkeit des Täters beweise".

²⁾ Motive zum StGB, S.122

Weiter könnte aber m.E. der Gesetzgeber von 1871 durch folgende Überlegung Bedenken gegen eine Täterstrafe i.S. der Partikulargesetze gehabt haben:

Die einmalige Rückfälligkeit, die bei den Partikulargesetzen genügte, um die Schärfung auszulösen¹⁾, ist keineswegs in der Lage, eine feste Neigung des Verbrechers bezüglich des von ihm begangenen Delikts nachzuweisen; denn die deliktische Handlung beim rückfälligen Verbrecher muß nicht unbedingt durch einen Charakterzug diesbezüglicher Art adäquat bedingt sein. Es braucht also nicht eine bestimmte rechtsgüterfeindliche Gesinnung in einer einmaligen Rückfalltat zum Ausdruck zu kommen, die eine in den Partikularrechten teilweise obligatorisch²⁾ geregelte Täterbestrafung rechtfertigte.

Daher könnte eine Abneigung des Strafgesetzgebers von 1871 gegen eine solche Täterbestrafung mit dafür ausschlaggebend gewesen sein, daß die Rückfalltaten im geltenden StGB grundlegend anders als in den Partikularrechten geregelt wurden, daß ihnen also der Einzeltatschuldgedanke zugrunde liegt und daß nicht eine Neigung zu gleichen oder gleichartigen Taten als Tätercharakterzug bestraft wird.

Aber alle diese Überlegungen lassen trotzdem nicht den sicheren Schluß zu, daß die Rückfallbestimmungen des geltenden Rechts eine bewußte Abkehr von den Regelungen der Partikularrechte beabsichtigten.

Es kann zwar versucht werden, auf Grund von geschichtlichen Untersuchungen nachzuweisen, daß das Tatstrafrecht auch im Hinblick auf die Rückfalltatbestände dem Geist des Gesetzgebers mehr entsprach als die vorher praktizierte täterrechtliche Regelung der Partikularrechte,

1) In der geltenden Regelung nur noch beim Raub (§ 250 I Nr.5)

2) Soweit ersichtlich, wird im preußischen StGB von 1851 (§ 58), im oldenburgischen StGB von 1858 (Art.55) und im StGB von Lübeck aus dem Jahre 1863 (§ 57) die Rückfallstrafe fakultativ verhängt. Die sonstigen Partikulargesetze sehen obligatorische Schärfung vor.

jedoch ist ein sicherer Schluß aus der geschichtlichen Entwicklung und den Motiven zum StGB von 1871 nicht möglich. Überlegungen und Kombinationen können auf Grund der geschichtlichen Vorgänge angestellt werden, jedoch vermögen diese m.E. hier keinen einwandfreien Nachweis bezüglich des Grundes der Rückfallschärfung im geltenden Recht zu erbringen.

3. Die Ratio der Rückfalltaten im geltenden Recht

Da von der geschichtlichen Seite her noch kein hinreichender Beweis erbracht werden kann und nur die Vermutung für eine tatrechtliche Regelung spricht, ist es nötig, auf den Sinn der Rückfallbestimmungen im geltenden Recht einzugehen, und hierbei die Rückfalltaten von verschiedenen Gesichtspunkten her zu betrachten.

a) Die Rückfalltaten vom Blickpunkt des § 20 a her gesehen

Bei flüchtiger Betrachtung drängt sich der Eindruck auf, daß der Gewohnheitsverbrecher mit dem Rückfalltäter irgend etwas Gemeinsames haben müßte. Zweifellos beruht dieser Eindruck auf der Tatsache, daß bei beiden Delikte als Vortaten erforderlich sind. Letztere müssen daher eine Überprüfung erfahren.

Während die Vortaten in § 20 a oben¹⁾ schon als reine Symptomtaten, die lediglich zum Beweise der Gewohnheitsverbrechereigenschaft dienen, beschrieben wurden, muß eine Untersuchung der "Rückfallvoraussetzungen", d.h. der Vortaten in den Rückfallbestimmungen noch vorgenommen werden.

Wenn nun die Rückfallvoraussetzungen dieselbe Funktion wie die Vortaten des § 20 a hätten, also lediglich den Hang des Täters zu Straftaten nachweisen sollten, bestünde kaum noch ein Unterschied zwischen den Rückfalltaten und dem § 20 a; denn dann würde die Strafschärfung des

1) Vgl. S. 42 ff.

§ 20 a wegen eines Hanges zu Verbrechen irgendwelcher Art und die des Rückfalls wegen eines Hanges zu Verbrechen gleicher oder ähnlicher Art verhängt. In beiden Fällen besäßen also die Vortaten nur symptomatischen Charakter.

Daß dieser Gedanke nicht Platz greifen kann, geht schon daraus hervor, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des § 20 a die vorhandenen Rückfallbestimmungen in ihrer alten Form neben dem § 20 a bestehen ließ¹⁾. Damit hat aber der Gesetzgeber kundgetan, daß die Rückfallregelungen doch neben § 20 a eine besondere Funktion haben sollen, andere Anforderungen an sie gestellt werden müssen und sie sich keineswegs nur als überflüssiger Unterfall des § 20 a darstellen²⁾.

Sie würden auch ihrem Inhalt nach der Funktion der Sicherung, wie sie § 20 a z.T. beinhaltet, nicht gerecht. Eine Sicherungsnotwendigkeit kann sich schließlich nicht nur aus der bloßen vorhergehenden Deliktsfälligkeit, die sich in einer oder zwei Straftaten geäußert hat, ergeben. Weiter wäre auch nicht einzusehen, warum gerade die im Rückfall geregelten Vermögensdelikte eine besondere Sicherungsnotwendigkeit schaffen sollten.

Aus diesen Überlegungen heraus muß aber der Schluß gezogen werden, daß die Rückfallvoraussetzungen nicht die sympto-

1) Die Forderung M.E.Mayers in den Verhandlungen zum 28. Dt.Juristentag (I,S.150/151), daß der Begriff des Rückfälligen aus dem Strafrecht ganz verschwinden müsse, um dem des Gewohnheitsverbrechens Platz zu machen, ist damit im geltenden Recht nicht verwirklicht worden, obwohl in den Entwürfen, z.B. im § 77 des Entwurfs von 1925, der als unmittelbarer Vorläufer des § 20 a die Überschrift "Rückfall" trug, die Strafschärfung für den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher die Rückfallbestimmungen ersetzen sollte.

2) Es ist also möglich, mit Maurach (BT S.201) die Strafschärfung nach § 20 a unabhängig von der Rückfall-schärfung vorzunehmen und zu sagen: "Der Angeklagte wird wegen Rückfalldiebstahl als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt".

matische Bedeutung i.S. der Vortaten des § 20 a haben können. Ihre Bedeutung kann also nur darin gesehen werden, daß sie durch ihr Vorliegen, d.h. durch den dadurch erbrachten Beweis, daß der Täter sich diese Bestrafungen nicht zur Warnung hat dienen lassen, höhere Schuld hervorrufen; denn damit gewinnt die Einzeltatschuld des rückfälligen Verbrechers einen besonderen Intensitätsgrad.

b) Die Funktion der Rückfallvoraussetzungen

Tatumstände i.S. des § 59 oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit?

Dieser Schluß, der aus dem Nebeneinander von § 20 a und den Rückfalltaten gezogen werden kann, bedarf jedoch noch näherer Begründung. Hierbei ist noch näher auf die Funktion der Rückfallvoraussetzungen einzugehen, denen in diesem Zusammenhange besondere Bedeutung zukommt.

Das Vorliegen der rein objektiven wiederholten Straftat hat, für sich betrachtet, keinerlei Bedeutung; denn Rückfall bedeutet i.S. des StGB, rein äußerlich gesehen, nichts anderes als die Tatsache der wiederholten Begehung bestimmter ähnlicher oder gleicher Delikte. Demnach kommt den Rückfallvoraussetzungen die entscheidende Bedeutung für die Schuldseite zu. Sie zeigen den größeren Schuldgehalt in der zur Aburteilung stehenden Tat an. Mit anderen Worten heißt das, daß zur objektiven nochmaligen Begehung einer Straftat bei dem rückfälligen Verbrecher noch schuld-erhöhende Merkmale hinzukommen, die nur in den Rückfallvoraussetzungen gefunden werden können, da die abzuurteilende Tat, für sich betrachtet, objektiv farblos wäre.

Daher hat das Gesetz auch bestimmt, daß die Strafen für die Vortaten des Rückfalls verbüßt sein müssen, da eine solche Verbüßung meist einen größeren Eindruck als eine Verurteilung hinterläßt. Wenn nun der Täter trotz dieser hemmenden Vorstellungen der vorhergegangenen Verbüßung oder eines ganzen bzw. teilweisen Erlasses, dem insofern die gleiche Bedeutung zukommt, als er dem Täter als letzt-

maliger Gnadenakt zu Bewußtsein gekommen ist, eine neue strafbare Handlung begeht, läßt er dadurch höhere Schuld auf sich. Wenn nun die Überlegung zutreffen soll, daß der Hauptzweck der Rückfallvoraussetzungen die eben erläuterte warnende Funktion ist, müssen diese sich folgerichtig dann als Umstände darstellen, die dem Täter bei Begehung der abzuurteilenden Tat bekannt gewesen sind, d.h. daß der Vorsatz des Rückfalltäters sich auf diese Umstände beziehen muß, da einem Täter höhere Schuldstrafe nicht wegen Umständen auferlegt werden kann, die er nicht kannte.

Die Antwort auf diese Frage war früher keineswegs unbestritten und wird selbst heute, wo die herrschende Meinung¹⁾ die Auffassung vertritt, daß sich der Vorsatz des

-
- 1) Früher wurde diese Auffassung schon von Binding (Grundriß AT, 1907, S. 109) vertreten. Aus der neueren Literatur sind anzuführen: Mezger, Lehrbuch, S. 277, Anm. 18, Grundriß, S. 101 und StUB BT, S. 136; Schwarz-Dreher, Anm. 3 zu § 244; Dreher-Maassen, Anm. 5 zu § 245 (str.u.zw.); Maurach, BT, S. 201/202; Hartung, NJW 50/939; Jagusch, LK I, S. 128 und LK II, S. 352, Anm. 5 u. 6 zu § 244; Sauer, System des Strafrechts, BT, S. 44; Schönke hat seine in der 6. Aufl., S. 670/71 Anm. IV zu § 244 und S. 227 Anm. III, 4 zu § 59 vertretene Auffassung, daß die Rückfallvoraussetzungen lediglich Bedingungen der höheren Strafbarkeit seien, aufgegeben und sieht heute (10. Aufl., S. 940, Anm. 4 zu § 244 und S. 342, Anm. III A zu § 59) die Rückfälligkeit als strafferhöhenden Umstand i. S. des § 59; Baumann, Strafrecht AT, S. 321/322; Niethammer, LB BT, 1950, S. 246/247.

Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre: RG 54/274 (277); RG in LZ 1921/461; RG in HRR 40/583; BGH NJW 52/231; BGH NJW 53/1358; BGH in LM Nr. 9 zu § 244; BGH JA 1958/368; OLG Hamm in NJW 50/958; Bay ObLG in MDR 54/56.

Anderer Auffassung sind: v. Hippel, Lehrbuch, 1932, S. 243, Anm. 1; Frank, S. 535, Anm. III zu § 245 i. V. m. S. 189, Anm. 4 zu § 59; Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, in Frank-Festgabe II, S. 9 (persönliche Bedingung erhöhter Strafbarkeit); Dreher, GA 1953/133 f; Felzel, S. 301, unter Bezug auf vorgenannte Abhandlung, jedoch ohne Begründung; Kohlrausch-Lange, (S. 539 unter Anm. 1 zu § 245) legt zwar die h. M. dar, ist aber im Grunde anderer Auffassung.

Rückfalltäters auch auf die Kenntnis der Vorstrafen und deren Verbüßung beziehen muß, die Rückfallvoraussetzungen also Tatumstände i.S. des § 59 StGB sind, gelegentlich angezweifelt. Eine Minderheit will nämlich in den Rückfallvoraussetzungen lediglich objektive Bedingungen der Strafbarkeit sehen, auf die sich der Vorsatz des Rückfalltäters nicht zu beziehen braucht. Daß diese Auffassung nicht zutrifft, ergibt sich daraus, daß zwar die Rückfallvoraussetzungen zunächst als ein selbständiger Komplex innerhalb des Tatbestandes erscheinen, also eine Handlung beschreiben, die vor der eigentlichen Handlung der neuen Tat liegt¹⁾, jedoch mit letzterer doch in Verbindung stehen. Die Warnfunktion ist das Bindeglied zwischen beiden, denn die eigentliche Handlung erscheint plötzlich in einem anderen Licht. Der Täter begeht die abzuurteilende Tat unter bewußter Außerachtlassung der sich aus den vorhergehenden Bestrafungen ergebenden Warnung und läßt so größere Schuld auf sich. Schuld erfordert aber Kenntnis der gesamten Tatumstände.

Damit ist aber auch bewiesen, daß sich die Rückfallvoraussetzungen nicht als objektive Bedingungen der Strafbarkeit darstellen; denn die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit verlangen gerade keinen Zusammenhang mit der Handlung. Sie sind Verbrechensmerkmale, die auf der äußeren Tatseite liegen und auf die sich daher die Schuld des Täters nicht zu erstrecken braucht²⁾. Das Vorliegen dieser

1) Daher nennt auch Jagusch, LK II, S. 351 Anm. 1 zu § 244 diese Voraussetzungen Merkmale geschärfter Strafbarkeit, die vor der neuen Tat schon bestehen. RG 32/312 sagt hierzu: "Es handelt sich bei ihm (dem Rückfall) nicht um ein Merkmal der Handlung selbst, sondern um eine zeitlich von ihr getrennte, nur äußerlich zu ihr hinzutretende, an sich selbständige Tatsache. Die Handlung als solche bleibt dieselbe, mögen ihr Bestrafungen des Täters vorausgegangen sein oder nicht". Die Verbindung zwischen den beiden Tatbestandskomplexen stellt RG 54/276 unter Bezug auf RG 34/310 ff. her.

2) Vgl. hierzu eingehender: Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 52 ff.; Frank, S. 145 Anm. 6; Rittler a.a.O., S. 2; Liszt-Schmidt, S. 280 ff.; Allfeld, LB, S. 186 ff.; Kohlrausch-Lange, S. 25 Anm. 6 A vor § 1; Maurach

Bedingungen der Strafbarkeit an sich belastet den Täter schon, ohne daß sie für die rechtliche Mißbilligung der Tat als solcher von Bedeutung wären und ohne daß der Täter Kenntnis von ihrem Vorliegen zu haben braucht.

Alle diese Wesensmerkmale der objektiven Bedingung der Strafbarkeit¹⁾ widersprechen aber dem Sinn der Rückfallvoraussetzungen.

Zusammenfassend ist also die Funktion der Rückfallvoraussetzungen dahingehend zu umschreiben, daß ihr Vorliegen der Einzeltatschuld einen besonderen Intensitätsgrad verleiht. Als strafferhöhende Umstände²⁾ i.S. von § 59 StGB müssen sie daher vom Vorsatz des Täters umfaßt sein, um die erhöhte Einzeltatschuldstrafe zu rechtfertigen.

c) Die Bedeutung des § 263, III StPO und die Stellung der Rechtsprechung zu diesem Problem

In diesem Zusammenhang muß nun allerdings noch auf die Bestimmung des § 263, III StPO eingegangen werden, der oft dazu benutzt wird, zu bestreiten, daß die Rückfallvoraussetzungen Tatumstände i.S. des § 59 StGB darstellen und daher vom Vorsatz des Täters umfaßt sein müssen.

§ 263, III (262, III a.F.) StPO behandelt, indem er für die Abstimmung im erkennenden Gericht die Rückfallvoraussetzungen nicht zur Schuld, sondern nur zur Straffrage rechnet³⁾, den Rückfall anders als die anderen strafferhöhenden

AT, S. 202 ff.; Mezger, StuB, AT, S. 96/97 u. S. 175/176;
LK I, S. 45 Anh. 4 und S. 488, Anm. II, 10 e zu § 59;
Schwarz-Dreher Anm. 6 vor § 51; Schönke-Schröder,
S. 310 unter Anm. 9 vor § 51.

- 1) Die objektive Bedingung der erhöhten Strafbarkeit oder die persönliche Bedingung erhöhter Strafbarkeit sind Begriffe, denen in diesem Zusammenhang die gleiche Bedeutung zukommt.
- 2) Mezger (StuB, AT, S. 177/178) nennt bei einem Vergleich zu § 20a diese Rückfallbegründenden Tatsachen in Abweichung vom Wortlaut des § 59 StGB noch treffender "schuld-erhöhende Umstände".
- 3) Vgl. hierzu Löwe-Rosenberg, Komm. z. StPO, 20. Aufl., 1958 Anm. 5 e zu § 263

Umstände (§ 263, II StPO), die er alle der Schuldfrage zuteilt¹⁾.

Das RG²⁾ machte aber den Schluß von § 263, III StPO auf die auch materielle Schuldunerheblichkeit der Rückfallvoraussetzungen dadurch zunichte, daß es hervorhob, die Verwendbarkeit dieser rein verfahrensrechtlichen Vorschrift sei bei Auslegung des sachlichen Rechts ausgeschlossen. Noch weitergehend meint das RG, daß § 263, III StPO durchaus die Deutung zulasse, daß die Rückfallvoraussetzungen ohne diese verfahrensrechtliche Sonderbestimmung eben auch prozessual zur Schuldfrage zu rechnen seien.

Dieser Auslegung steht Bockelmann³⁾ ablehnend gegenüber. Er hält den nach der Meinung des Reichsgerichts vorhandenen "Zwiespalt" zwischen sachlichem und prozessualem Recht mit Rücksicht darauf, daß das sachliche Recht Wirkung nur im Prozeß hat und daher ein materieller Schuld-begriff ohne Bedeutung ist, wenn ihn die Prozeßordnung nicht anerkennt, als Ausweg für ungeeignet⁴⁾.

Der Auffassung und Auslegung der Bestimmung des § 263, III StPO durch das RG muß der Vorzug gegeben werden; denn das

1) Bockelmann (Studien II, S. 26 Anm. 3) stellt die Vermutung auf, daß der wahre Grund zu dieser etwas Verwirrung stiftenden Regelung in § 263, III StPO darin gelegen haben könnte, daß man die verklausulierte und schematisierte Regelung des Rückfalls als schwieriges technisches Problem der Zuständigkeit der Geschworenen entziehen und selbständiger Nachprüfung durch die höhere Instanz zugänglich machen wollte. Heute ist der Ausschluß der Geschworenen bei der Schuldfrage ohne Bedeutung, da das Schwurgericht alter Art mit getrennter Abstimmung zur Schuld- und Straffrage nicht mehr besteht. Für die Nachprüfung des Urteils durch die höhere Instanz hat dagegen § 263, III StPO nicht an Bedeutung verloren.

2) RG 54/274 ff. (277)

3) Bockelmann, Studien II, S. 3

4) Bockelmann meint daher, daß der Rückfall lediglich als Strafzumessungsgrund zu behandeln sei.

Prozeßrecht, das auf Überlegungen prozeßökonomischer und zweckmäßiger Art beruht, kann nicht hier so weittragende Folgen materiellrechtlicher Art nach sich ziehen. Die prozessuale Regelung will nur erreichen, die Rückfallvoraussetzungen im Verfahren, losgelöst und unabhängig von der Schuldfrage, selbständig behandeln zu können. Zu Zwecken der Prüfung soll also eine formelle Trennung von Rückfallvoraussetzungen und eigentlicher Strafe möglich sein. Das materielle Recht muß also hier völlig unberührt von dieser prozeßrechtlichen Regelung bleiben, die ohnehin fragwürdig genug und verschiedener Deutung fähig ist. Daher muß dem § 263, III StPO für die materiellrechtlichen Fragen jede Bedeutung abgesprochen werden. Das Erfordernis des Vorsatzes für die Rückfallvoraussetzungen wird also durch diese Vorschrift überhaupt nicht berührt, und es muß dem RG¹⁾ nach wie vor voll zugestimmt werden, wenn es die Rückfallvoraussetzungen als Tatumstände i.S. des § 59 StGB, die die Strafbarkeit erhöhen, ansieht.

4. Die Rückfallstrafe

a) Eigene Stellungnahme in Form einer Gegenüberstellung mit der verbrecherischen Gewohnheit

Von einem Hang oder einer Neigung des Täters zu Taten gleicher Art war schon im Teil II dieser Arbeit die Rede.²⁾ Wenn der Begriff des gewohnheitsmäßigen Täters dem des Rückfalltäters gegenübergestellt wird, können gerade aus einem solchen Vergleich wertvolle Erkenntnisse gewonnen werden.

Zu Unklarheiten führt es oft, daß beim Rückfalltäter nicht selten ohne Einschränkung von einer ihm innewohnen-

1) RG 54/276

2) Vgl. die Erörterungen über die Gewohnheitsmäßigkeit im allgemeinen auf S.30 unter Ziff.1'a .

den Neigung zu Taten gleicher Art gesprochen wird. Eine solche Einschränkung muß jedoch gemacht werden, da sonst der Gewohnheitstäter sich von dem Rückfalltäter überhaupt nicht unterscheiden würde, also Gewohnheitsmäßigkeit gleich Rückfälligkeit wäre.

Der Rückfalltäter besitzt oft eine solche verorechnerische Neigung. Ein solcher verbrecherischer Hang zu Taten gleicher Art ist aber keinesfalls immer vorhanden. Anders verhält es sich beim gewohnheitsmäßigen Täter. Bei ihm ist der Hang wesentliches Merkmal seines Charakters¹⁾. Das Handeln des Rückfälligen kann also, muß jedoch nicht, gesinnungs- oder charaktermäßig bedingt sein, d.h. einem durch Übung ausgebildeten Hang zu Verbrechen dieser speziellen Art entspringen. Deshalb muß nicht jede in der Einzeltat zum Ausdruck kommende Handlung des Rückfalltäters vollkommen adäquat durch eine entsprechende Neigung, d.h. durch einen entsprechenden Charakterzug des Täters bedingt sein, wie es gerade beim gewohnheitsmäßigen Täter der Fall zu sein hat. Damit wird aber ein Urteil über den Charakter des Rückfalltäters, z.B. in der Form des § 20 a, weder ermöglicht noch vom Gesetz beabsichtigt.

Das Charakter- bzw. Neigungselement soll also beim Rückfalltäter nicht durch die Einzeltat als Symptomtaterkannt und für sich allein beurteilt werden, sondern es wird, falls es vorliegt, in und mit der Einzeltat berücksichtigt; denn diese Einzeltat gewinnt dadurch an Intensität, daß der Täter die Vorbestrafungen mißachtet oder die Warnungen, die ihm in Form von teilweiser Verbüßung bzw. teilweisem oder ganzem Erlaß der Strafe zuteil geworden sind, nicht beachtet. Damit gewinnt die Einzeltatschuld des rückfälligen Verbrechers einen besonderen Intensitätsgrad. Es ist die einzelne Handlung und der sich in ihr aus-

1) Gewohnheitsmäßigkeit weist eben, wie Engisch (ZStW 66/355) richtig betont, über die Tat hinaus auf die Täterpersönlichkeit, also nicht bloß auf ein äußerliches Nacheinander von Taten hin.

drückende Wille des Täters nicht zufällig durch ein äusseres an ihn herantretendes Motiv bedingt, sondern sein Wollen entspringt einer bewußten, besonders starken Ablehnung gegen die Normen des Gesetzes, was sich aus der vergeblich vorweg erfolgten Warnung ergibt. Damit läßt aber der Täter eine erhöhte Schuld auf sich, die gegenüber der eines zum erstenmal deliktsfällig gewordenen Täters intensiviert wird.

c) Die Behandlung der Rückfallstrafe in der Rechtsprechung

Die oben dargelegte Bedeutung der "Neigung" beim Rückfalltäter wird allerdings oft nicht klar erkannt, und es wird der Rückfallstrafe deshalb eine andere Bedeutung beigegeben, als ihr in Wirklichkeit zukommt.

So muß an dieser Stelle eine Entscheidung des Reichsgerichts¹⁾ genannt werden, die diesen Fehler in ganz auffälliger Form begeht. Anläßlich der Behandlung von Problemen der Täterpersönlichkeit des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers im § 20 a heißt es dort wörtlich: "Ganz ähnlich wie beim Rückfall kommt es lediglich auf die selbständige Tatsache an, ob dem Täter ein bestimmter Zustand, eine seelische Eigenschaft innewohnt, die in ihm immer wieder den Vorsatz zur Begehung von Straftaten hervorruft und ihn deshalb besonders gefährlich macht. Die Täterpersönlichkeit und ihre Gefährlichkeit sind es also in Wirklichkeit, die den Grund für die Strafschärfung abgeben".

Bei dieser Entscheidung fällt auf, daß man den Rückfall offenbar überhaupt nicht vom § 20 a scheidet, sondern die verbrecherische Gewohnheit des § 20 a der Neigung des Rückfalltäters vollkommen gleichstellt. Daß das RG einschränkend betont, daß es hier nur "ganz ähnlich wie beim Rückfall" sei, vermag noch keineswegs die völlige Verken-

1) RG 68/389 f .

nung der Rückfallbestimmungen zu rechtfertigen, Möglicherweise hat das RG in dieser Entscheidung, in der es sich eingehend mit dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher beschäftigt, vollkommen die grundlegenden Unterschiede zwischen dem § 20 a und den Rückfalltaten übersehen.

Eher verständlich erscheint dagegen eine vor Erlass des Gesetzes vom 24.11.1933 ergangene Entscheidung des Reichsgerichts¹⁾, die das oben erörterte Problem besser herausstellt. Es heißt dort: "Die härtere Bestrafung des Rückfalls beruht auf der Erwägung, daß aus der mehrmaligen Verübung gleichartiger Straftaten das Vorhandensein einer verbrecherischen Neigung zu entnehmen ist, deren Gefährlichkeit dadurch bewiesen wird - besser wäre hier gewesen, zu sagen: die erhöhte Schuld dadurch beweist -, daß die Vorbestrafung nicht ausgereicht hat, sie zu unterdrücken"²⁾.

Nicht sehr erfreulich ist allerdings, daß das RG, ebenso wie bei der vorher zitierten Entscheidung, hier den Begriff der Gefährlichkeit verwendet. Das Gesetz kennt diesen Begriff bei den Rückfalltaten überhaupt nicht. Daher ist es wenig verständlich, daß das RG diesen bei Erörterungen von Schuldfragen stets verwirrenden Begriff auch hier bei den Rückfalltaten, wo nun wirklich keine Notwendigkeit besteht, benutzt.

Der Bundesgerichtshof³⁾ scheint jedoch das Wesen der Rückfalltaten, auffälligerweise wiederum bei einem Vergleich zu § 20 a, ebenso zu verkennen wie das Reichsgericht⁴⁾. Wörtlich heißt es dort: "§ 20 a will den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher nicht wegen einer besonderen Art seiner kriminellen Neigung, sondern wegen seiner allgemeinen

1) RG 50/243 (245)

2) Die gleiche Formulierung gebraucht auch schon RG 47/308 (310). Vgl. auch schon RG 8/418 (419).

3) BGH 1/246 (248)

4) RG 68/389 f.

Gefährlichkeit treffen. Demgegenüber soll durch §§ 244, 245 nur eine besondere Art von Gesetzesübertretern, der zur Entwendung von fremdem Eigentum neigende Täter, bekämpft werden".

Hier zielt der BGH offensichtlich auf eine Neigung des Täters ab, deren Vorliegen bei der wiederholten Tat des Rückfalltätigen völlig außer Zweifel zu stehen scheint und die daher allein der Grund der Strafe sein soll. Daß die Rückfallstrafe jedoch keineswegs dem besonderen Gesetzesübertreter als solchem, also dem Täter, dem eine Neigung innewohnt, auferlegt werden soll, hätte nicht verkannt werden dürfen. Der Entscheidung des BGH kann daher nicht zugestimmt werden.

Diese missverständliche Entscheidung scheint der BGH wieder mildern und ausgleichen zu wollen, wenn er später¹⁾ setzt: "Die Strafschärfung tritt deswegen ein, weil eine Wiederholung die Stärke und Gefährlichkeit der Diebstahlsneigung beweist und die Nichtbesserung der früheren Warnung eine erhöhte Schuld begründet".

Kohlrausch-Lange²⁾ meint hierzu, der BGH stelle in dieser Entscheidung als Grund der Strafschärfung sowohl die Gefährlichkeit wie auch die Schuld nebeneinander.

Abgesehen davon, daß dieses Urteil des BGH schon rein terminologisch keine solche Stellung zolaßt³⁾, muß einer solchen Auslegung schon i. S. der oben beim gefährlichen Gewohnheitsverbrecher gemachten Ausführungen⁴⁾ widersprochen werden, da die Gefährlichkeit niemals Grund einer Strafschärfung für Schuld, selbst nicht für Schuld im erweiterten Sinne von Charakterschuld, sein kann. Im übrigen

1) BGH 2/361

2) Vgl. Kohlrausch-Lange, S. 539, Anm. I zu § 245

3) Es heißt dort, daß die Wiederholung die Stärke und Gefährlichkeit der Diebstahlsneigung beweist und keineswegs, daß die Gefährlichkeit Grund der Strafschärfung sei.

4) Vgl. S. 67 ff.

gen wäre bei den Rückfalltaten gar kein Anlaß vorhanden, den Begriff der Gefährlichkeit bei der Schuldfeststellung und -begründung heranzuziehen, da die Rückfalltaten selbst dann, wenn man annähme, daß bei ihnen der Täter auf Grund seines Hanges zu Taten gleicher Art bestraft wird, immer noch mit Charakterschuld im oben erörterten Sinne¹⁾ gerechtfertigt werden könnten.

Der BGH hat also keineswegs die Absicht gehabt, die Gefährlichkeit als Grund der Strafschärfung anzugeben. Vielmehr ist diese Entscheidung so zu verstehen, daß zunächst auf die starke und gefährliche Neigung, eine Neigung also, die von besonderer Intensität ist, hingewiesen werden sollte. Freilich hat der BGH nicht die erforderliche Einschränkung gemacht, daß eine solche Neigung nur in der Regel bewiesen wird²⁾. Der wahre Grund der Strafschärfung liegt aber für den BGH, wie auch dem Wortlaut der Entscheidung zu entnehmen ist, in der Schuld, die der Täter durch die Nichtbeherzigung der früheren Warnungen auf sich lädt.

Daher ist die Auslegung dieser Entscheidung durch Kohlrausch-Lange als verfehlt zurückzuweisen. Der Kommentar wollte offenbar hiermit nur seine eigene These, daß die gelegentliche Gefährlichkeit als Strafschärfungsgrund entscheidend sein dürfte³⁾, untermauern.

Vielmehr deutet diese Entscheidung des BGH im Grunde auch nur auf die Tendenz der Rechtsprechung hin, die jetzt am Schluß mit aller Deutlichkeit herausgestellt werden soll.

1) Vgl. S. 64 ff.

2) Klar verständlich wäre die Entscheidung geworden, ohne Mißverständnisse hervorzurufen, wenn es dort hieße: "Die Strafschärfung tritt deswegen ein, weil eine Wiederholung in der Regel die Stärke und Gefährlichkeit der Diebstahlsneigung beweist ...".

3) Vgl. Kohlrausch-Lange a.a.O.

Das Reichsgericht¹⁾ geht trotz seiner oft unklaren Ausdrucksweise, die offenbar dem BGH dann gewisse Schwierigkeiten gemacht hat, gestützt auf die Motive zum StGB²⁾, treffend davon aus, daß die strafschärfenden Bestimmungen den treffen sollen, der rückfällig wird, indem er gleichartige Straftaten begeht und durch die Vollstreckung deswegen erkannter Strafen verwarnt worden war oder sich eines Gnadenerweises nicht würdig gezeigt hat. Die dadurch bewiesene Einstellung des Täters begründet höhere Schuld. Die Schuldstrafe, d.h. Vergeltung für erhöhte Einzeltat-schuld, darf aber, wie das RG dann weiter folgerte, nur Platz greifen, wenn der Täter bei Begehung der abzuurteilenden Tat das Vorliegen der Rückfallsvoraussetzungen kannte³⁾.

c) Kritische Darstellung der Auffassungen in der Literatur über die Rückfallstrafe

Nachdem die Rechtsprechung zur Frage der Rückfallstrafe und der damit zusammenhängenden Probleme erörtert worden ist, sei noch auf die Meinungen in der Literatur eingegangen.

Vorweg soll die Minderzahl der Autoren genannt werden, die den Grund der Rückfallstrafe nicht in erhöhter Tatschuld sehen wollen.

Insbesondere v.Hippel⁴⁾ lehnt mit Nachdruck die zuletzt zitierte Entscheidung des RG⁵⁾ ab, wonach wegen Rückfall-

1) Vgl. hierzu das Urteil des RG in Bd.54/274 ff.(276), das gern wegen seiner klaren Ausdrucksweise als grundlegende Entscheidung zu diesem Problem zitiert wird. Es heißt dort insbesondere: "Denn als Strafschärfungsgrund werden die früheren Bestrafungen nur deshalb verwandt, weil sie den verbrecherischen Willen des Täters, dem sie nicht zur Warnung und Besserung gedient haben, als besonders strafwürdig erscheinen lassen".

2) Vgl. Motive zum StGB, S.122

3) Dieses Erfordernis muß bei der Rückfallstat selbst und nicht bei den ihr vorausgehenden, den Rückfall begründenden Vergehen oder Verbrechen erfüllt sein. Vgl. BGH NJW 52/230 (231)

4) v.Hippel, LB, S.243 Anm.1

5) RG 54/274 ff.(276)

diebstahls nur verurteilt werden kann, wer bei der Tat das Vorliegen der gesetzlichen Rückfallvoraussetzungen kannte. Das sei eine Verkennung des Zwecks der Rückfallschärfung, der in der höheren Gefährlichkeit des Täters liege. Insbesondere begeht v.Hippel hierbei den Fehler, der schon oben¹⁾ bei der Rechtsprechung kritisiert wurde: er gebraucht den Begriff der Gefährlichkeit bei den Rückfalltaten, wo er nun wirklich in keiner Weise erforderlich ist²⁾.

Hartung³⁾, der auf dem Standpunkt der überwiegenden Mehrheit steht, daß die Rückfallschärfung Strafe für Schuld verhängt, meint, daß diese Auffassung v.Hippels Anlaß gebe, die Rückfallstrafen dahingehend zu überprüfen, ob sie, die anfänglich auf jeden Fall dem reinen Vergeltungsstrafrecht entstammten, nach Erlass des § 20a nicht auch eine Sinnänderung erfahren hätten. Hartung ist aber der Auffassung, daß selbst bei einer entsprechenden Umdeutung der Rückfallvorschriften nach dem Vorbild des § 20a eine Rechtfertigung dieser als Schuldstrafe i.S. einer "Lebensführungsschuld" möglich sei und deshalb nicht von der Entscheidung des RG 54/274 ff. abgegangen zu werden brauche.

Hiermit macht es sich Hartung leicht, den Nachweis der Rückfallschärfung als "Schuldstrafe" zu führen und damit die Haltbarkeit der zuletzt genannten Reichsgerichtsentcheidung darzutun; denn daß die Rückfallschärfung unter Zuhilfenahme eines erweiterten Schuldbegriffs ohne weiteres als "Schuldstrafe" nachgewiesen werden kann, wurde oben⁴⁾ schon dargelegt. Hier soll jedoch der Beweis erbracht wer-

1) Vgl.S.108

2) In der älteren Literatur gebrauchen in diesem Zusammenhang den Ausdruck der Gefährlichkeit die bei Köstlin (System d.d.Strafrechts, 1855, S.621 Anm.10) genannten Autoren. In der neueren Literatur ist noch Sauer (Allgemeine Strafrechtslehre 3.Aufl., S.68) zu nennen, der von persönlicher Gefährlichkeit spricht.

3) Hartung in NJW 50/939

4) Vgl. S.91

den, daß die Rückfallstrafe für Tatschuld ergeht.

Als Vertreter der Meinung, daß die Rückfalltaten nicht Strafe für Tatschuld verhängen, muß in diesem Zusammenhang Heinitz¹⁾ Erwähnung finden, der ausführt: "Im Strafrecht zeigt sich der eigentliche Unterschied zwischen Einzeltatschuld und Charakterschuld ... die erhöhte Bestrafung der Rückfälligen ist nur zu erklären oder zu rechtfertigen, wenn man von der Charakterschuld ausgeht".

Ebenfalls als Ausdruck einer Charakterhaftung will Exner²⁾ die Rückfalltaten betrachtet wissen, wenn er ausführt, daß beim Rückfall ein Umstand Berücksichtigung fände, der, außerhalb der Taten gelegen, nur deshalb ins Gewicht falle, weil er Rückschlüsse auf die Gesamtpersönlichkeit des Täters zulasse.

Dieser Auffassung ist auch Dreher³⁾, der sich eingehend und mit ausführlicherer Begründung als die beiden zuletzt genannten Autoren zu diesem Problem äußert. Er meint, daß der wirkliche Grund für die schärfere Bestrafung des Rückfälligen nicht die ihm vergeblich erteilte Warnung sei, der nur untergeordnete Bedeutung zukomme, sondern der kriminelle Hang zu Taten gleicher Art. Dreher versucht diese These aus der Entstehungsgeschichte des § 245 StGB herzuleiten; denn der Vorläufer des § 245 im Entwurf (§ 219, II im Entwurf I vom Juli 1869) ließe schon nichts von einer Warnung entdecken⁴⁾. Weiter behauptet Dreher zur Begründung seiner Auffassung, daß die historische Entwicklung die Rückfalldelikte des StGB als verkümmerten Rest aus der kriminalpolitisch sehr viel aufgeschlosseneren Rückfallgesetzgebung der deutschen Partikularrechte erscheinen lasse, ihnen also deren Geist noch innewohne.

1) Heinitz in "Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie" Bd. 22, S. 275

2) Exner in "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", Bd. 38, S. 4

3) Dreher in GA 1953/129 ff. (insbes. 133/134)

4) Kohlrausch-Lange (S. 539 Anm. I zu § 245) bezieht sich auf

Daß die Rückfalltaten des geltenden Rechts lediglich ein verkümmelter Rest der früheren Rückfallsregelungen der Partikularrechte seien, ist eine bloße Behauptung¹⁾. Daß diese Behauptung allerdings mit dem Hinweis auf die Ausführungen Bockelmanns zu diesem Thema²⁾ unterstützt werden sollen, ist nicht einzusehen, da Bockelmann in seinen Ausführungen keineswegs die Absicht hatte, die geltenden Rückfallbestimmungen als verkümmerten Rest der Partikulargesetzgebung darzustellen bzw. nachzuweisen.

Auch die von Dreher angeführte Ansicht des Oberbundesanwalts³⁾, daß die erhöhte Bestrafung des Rückfalls, ebenso wie die Gewohnheitsmäßigkeit, ihre Begründung in dem Hange zu dem strafbaren Tun finde, vermag der Meinung Drehers nicht mehr an Überzeugungskraft zu geben.

Daß aber der Rückfall, so wie er jetzt im Gesetz geregelt ist, den verbrecherischen Hang gerade nicht beweist, also keineswegs Vergeltung für Charakterschuld bei der Rückfallstrafe in Frage kommt, legt schon Radbruch⁴⁾ überzeugend dar. Seine Kritik geht, da der Rückfall keineswegs immer Gewohnheitsmäßigkeit beweise, Gewohnheitsmäßigkeit stets aber schärfere Strafe nach sich ziehen müsse, dahin, daß die Rückfallstrafe durch die Strafschärfung wegen Gewohnheitsmäßigkeit zu ersetzen sei⁵⁾.

Neben dieser Kritik der damals bestehenden Regelung ist als Ergebnis der Ausführungen Radbruchs festzuhalten, daß die Rückfallstrafe nicht auf Grund einer irgendwie gearte-

1) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 92 ff.

2) Dreher, a.a.O., S. 134 in Anm. 28

3) Anlässlich der Entscheidung des RG in Bd. 25/266 ff. Vgl. dort S. 269 ff. (insbes. S. 276)

4) Radbruch in VDA III, S. 204 ff. (213/214)

5) Ähnlich sind die kritischen Ausführungen M.E. Mayers zu den Rückfalltaten in Lehrbuch, AT 1923, S. 484/485 zu verstehen.

Sowohl die Ausführungen Radbruchs wie die M.E. Mayers bezügl. der Ersetzung des Rückfalls durch die Gewohnheitsmäßigkeit sind von der Tatsache her, daß das Gewohnheitsverbrechergesetz zu dieser Zeit noch nicht erlassen war, zu verstehen.

ten Charakterschuld, also einer Neigung des Täters zu Taten gleicher Art, zu verhängen ist.

H.Mayer¹⁾ betont ebenfalls, daß die erhöhten Strafen des Rückfalls nur in die Nähe des Problems der verbrecherischen Lebensführung führen würde, also keineswegs Beginn oder Auswirkung einer solchen seien; denn auch die bloße Wiederholung oder Fortdauer der Versuchung bewirke ja den Rückfall. Somit kommt H.Mayer zu dem Schluß: "Die heutige gesetzliche Regelung beruht auf dem Grundgedanken, daß härtere Strafe verdiene, wer sich durch die erste Strafe nicht habe warnen lassen".

Diese Auffassung H.Mayers vertreten noch weitere Autoren. Mezger²⁾ führt bei einer Gegenüberstellung von § 20 a und den Rückfalltaten aus, daß zwischen diesen beiden Regelungen ein bemerkenswerter Unterschied bestehe. Bei den Rückfallregelungen handele es sich um schulderhöhende Umstände, indem nämlich der Täter die frühere Warnung mißachte, während bei § 20 a der Sicherungsgedanke im Vordergrund stehe. Daher schließt Mezger³⁾ sich auch der oben erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts⁴⁾ in vollem Umfange an, wonach sowohl § 50, II StGB als auch § 59 StGB auf die Rückfallvoraussetzungen Anwendung finden.

Daß bei der Rückfallschärfung nicht auf die Tatpersönlichkeit abgezielt wird, sondern daß durch die Nichtberücksichtigung früherer Strafwarnungen die Schuld des Täters eine ganz besonders große ist, hebt Mezger an anderer Stelle⁵⁾ noch einmal mit aller Deutlichkeit hervor.

Jagusch⁶⁾ spricht beim Vergleich mit § 20 a von der Rückfallstrafe als echter Tatvergeltung. Richtigerweise betont

1) H.Mayer, StR AT, S.62

2) Mezger, StuB AT, S.177

3) Mezger, StuB BT, S.136 und LB, S.277 Anm.18

4) RG 54/274 ff.

5) Mezger, ZStW 49/175 u.176 mit Bezug auf ZStW 47/488

6) Jagusch, LK I, S.128 Anm.I, 1 zu § 20

er aber an anderer Stelle¹⁾, daß die mehrfache Begehung von Diebstählen und anderen einschlägigen Taten in der Regel besondere diebische Neigungen und erhebliche Bereitschaft zum Stehlen beweise und die Nichtbeachtung der früheren Warnungen schwerere Schuld offenbare²⁾. An dieser Stelle ist es nötig, darauf hinzuweisen, daß hier die Neigung des Rückfalltäters richtig beurteilt und im richtigen Zusammenhang gebraucht wird; denn wenn ein Rückfalltäter stets und nicht nur in der Regel solche Neigungen und Bereitschaften aufweisen würde, so bestünde zwischen der Gewohnheitsmäßigkeit im oben erörterten Sinne³⁾ und dem Rückfall kein Unterschied mehr. Wichtig ist es daher, zu erkennen, daß beim Rückfall schon eine bestimmte Zahl von Deliktsbegehungen ausreicht, um die Strafe zu begründen, während das wesentliche und unbedingt erforderliche Kriterium des gewohnheitsmäßigen Täters, der verbrecherische Hang, beim Rückfallverbrecher nicht unbedingt erforderlich ist, jedoch in der Regel - wie Jagusch oben richtig ausführt - vorhanden ist.

Daher ist es irreführend, wenn Schöнке⁴⁾ betont: "Der Grund für die Strafschärfung beim Rückfall ist die vom Gesetz vermutete größere verbrecherische Neigung; ihr Zweck ist es, den höheren Schuldgrad zu treffen, der in der Nichtbeherzigung der früheren Warnung liegt". Der Grund der Rückfallschärfung ist eben gerade nicht die Neigung, sondern die erhöhte Schuld des Täters, die dieser infolge Mißachtung der aus den Vorstrafen resultierenden

1) Jagusch, LK II, S. 351 Anm. I zu § 244; vgl. auch Jagusch, LK II, S. 352, Anm. 5 zu § 244: "Rückfallstrafe soll den treffen, der die Warnung durch einschlägige Vorstrafen samt Vollstreckung in den Wind geschlagen oder einen Gnaden-erweis mißachtet hat".

2) Ebenso führt Baumann, Strafrecht AT, S. 322 aus: "Die Strafschärfung für Rückfall beruht auf dem Gedanken, daß der durch frühere Bestrafungen bereits gewarnte Täter höhere Schuld auf sich lädt".

3) Vgl. oben S. 30 unter Ziff. 1 a

4) Schöнке-Schröder, S. 938 Anm. I zu § 244

warnenden Stimme mit Ausführung der neuen Straftat auf sich geladen hat; denn wenn das Gesetz, wie Schönke behauptet, die größere verbrecherische Neigung vermutet, so kann diese Vermutung nicht Grund für die Strafschärfung sein, da sonst wiederum ein präventiver Faktor, eine Vermutung zur Grundlage der Strafe gemacht würde. Schönke meint aber offenbar das gleiche wie Jagusch, da er sich zur Begründung seiner These auf die Ausführungen Maurachs¹⁾ beruft, dessen Auffassung im folgenden darzulegen ist. Denn die Ausführungen Maurachs²⁾ zu diesem Problem stellen die entscheidenden Kriterien mit großer Deutlichkeit heraus. Zunächst betont Maurach treffend, daß bei den Rückfalltaten nach der Gefährlichkeit des Täters nicht gefragt werde. Nach ihm stellt der Rückfall richtigerweise eine echte Schuldsteigerung dar. Der Rückfalltäter, der sich im Bewußtsein der Strafwürdigkeit seines Verhaltens in besonders krasser Weise gegen die Gemeinschaftsordnung auflehne, lade mehr Schuld auf sich als derjenige, der lediglich seine Zurechnungsfähigkeit durch wissentliche Auflehnung gegen die Norm mißbrauche. Dieses Verhalten des Täters sei also echter Schulderrhöhungsgrund.

Als Ergebnis der vorhergehenden Betrachtungen ist zusammenfassend festzustellen, daß die Rechtsprechung trotz ihrer oft mißverständlichen Ausdrucksweise im Grunde doch die Rückfallstrafe als reine Schuldvergeltung betrachtet haben möchte. Ebenso steht die überwiegende Lehre, wie die hier vertretene Auffassung, auf dem Standpunkt, daß der Rückfalltäter nicht wegen einer ihm eigentümlichen Gewohnheit, sondern wegen der Intensität seines verbrecherischen Willens, seiner verbrecherischen Hartnäckigkeit und Energie, also der erhöhten Schuld, die darin zum Ausdruck kommt, daß er die früheren Strafen sich nicht hat zur Warnung dienen lassen, bestraft wird. Es ist daher als Ergebnis festzuhalten: die Rückfallschärfung für höhere Einzeltatschuld.

1) Maurach, AT, S.669

2) Maurach, BT, S.201 u. AT, S.669

T e i l I V

D. Die Stellung des Entwurfs 1960 zu den bisher behandelten Problemen

Nach Abschluß der Betrachtungen über die Strafe als solche und über ihr Wesen in § 20 a und den Rückfalltaten im geltenden Recht ist es nötig, die Haltung des Entwurfs 1960 zu den bisher behandelten Problemen darzulegen, um dadurch einen Vergleich mit den bis jetzt gewonnenen Ergebnissen zu ermöglichen und Stellung zu den neuen Regelungen nehmen zu können.

Hierbei soll zunächst die Strafe als solche einer Prüfung ihrer Ausgestaltung im Entwurf 1960 unterzogen werden, um dann anschließend auf die Stellungnahme des Entwurfs zu § 20 a und den Rückfalltaten einzugehen.

I. Die Strafe im Entwurf 1960

Gegenstand der Betrachtung ist hier ebenso wie im Teil I der vorliegenden Arbeit, an den sich die folgenden Ausführungen anschließen sollen, lediglich die Strafe. Die Maßregeln der Sicherung und Besserung können keine selbständige Behandlung erfahren, da diese sich mit der Sicherung vor dem Täter und nicht mit der Vergeltung für die Schuld des Täters befassen. Insoweit ist es auch nicht am Platze, die Probleme des Dualismus in der Arbeit zu behandeln, wenn es auch unvermeidbar ist, an entsprechender Stelle kurz auf sie einzugehen, wenn sich dies aus dem Zusammenwirken von Strafe und Maßregel ergibt. Sie können und sollen jedoch nicht eigentlicher Gegenstand der Untersuchung sein¹⁾.

1) Erwähnt sei an dieser Stelle nur, daß an der Grundhaltung des Entwurfs und des geltenden Rechts zur Frage des Dualismus und der damit zusammenhängenden Probleme, z.B. des Vikariierens in § 87 Entw. 1960, sowohl in den Vorberatungen als auch nach der späteren Veröffentlichung viel Kritik geübt worden ist. So z.B. Heinitz, Der Ausbau des Strafsystems, ZStW 65/34 ff.
Vgl. z.B. die Gutachten von Dünnebier, Mezger,
Schröder

1. Keine Strafe ohne Schuld? Die grundsätzliche Stellung des Entwurfs 1960 zum Schuldstrafrecht

"Der Entwurf 1960 bekennt sich zum Schuldstrafrecht". Dieser Satz steht am Anfang der amtlichen Begründung zum Entwurf, wo die Grundsätze von Schuld und Strafe niedergelegt sind¹⁾.

Damit scheint eine weitgehende und sehr erfreuliche Übereinstimmung der Meinungen hinsichtlich des grundsätzlichen Ausgangspunktes des neuen Strafrechts erreicht worden zu sein. Selbstverständlich sagt dieser allgemeine von der Begründung zum Entwurf am Anfang gebrauchte Satz noch nicht allzuviel aus. Daher soll im folgenden zunächst näher auf diese grundsätzliche Stellung des Entwurfs zum Schuldstrafrecht eingegangen werden. Erst dann soll das Verhältnis von Strafe und Schuld im speziellen und der Inhalt der Schuld Gegenstand der Erörterungen sein.

a) Der § 2 des Entwurfs 1959 I als Kriterium

Auszugehen ist hierbei von der Regelung des Entwurfs 1959 I , die in § 2 besagte:

"Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft, Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht übersteigen"²⁾.

und Sauer über das Thema "Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßnahmen" in ZStW 65/449 ff. Dreher über das genannte Thema in ZStW 65/481 ff.; Hall, Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, in ZStW 66/77 ff.(insbes.S.102 ff.). Weiter Heinitz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, in ZStW 70/6 ff.; Grünhut, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf, in ZStW 71/536 ff.; Bruns, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, in StGB-Entwurf 1956, in ZStW 71/214 ff.; Maurach, Gutachten zum 43.Deutschen Juristentag über die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, S.16 ff.; Würtenberger, Die unbestimmte Verurteilung, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.I, S.89 ff. und zum gleichen Thema Sieverts, a.a.O. S.107 ff.

1) Vgl. Begründung zum Entwurf 1960, S.92

Diese Regelung des § 2 wurde jedoch im Entwurf 1959 II gestrichen und kehrt im Entwurf 1960 nicht wieder. Den Gründen für diese Streichung ist zunächst nachzugehen, da sie Aufschluß darüber geben könnten, ob im Entwurf 1960 zur Frage des Schuldstrafrechts nicht eine neue Position bezogen werden sollte.

Mannheim¹⁾ betont in seiner Betrachtung zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches im Vergleich zum englischen Rechtssystem nach Zitierung von § 2 des Entwurfs 1959 I, daß kein Strafrechtssystem, das dieser Bezeichnung würdig sei, auf einen solchen Grundsatz verzichten könne; denn die Bestimmung "Keine Strafe ohne Schuld" sei doch eigentlich das, was das Strafrecht von anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Zivil- und Verwaltungsrecht, trenne. Das heiße aber nicht, daß ein solcher Grundsatz immer ausdrücklich im Gesetz geregelt werden muß²⁾.

Daher ist ohne weiteres der Schluß möglich, daß auch ohne ausdrückliche Regelung im Entwurf 1960 der Schuldgrundsatz gelten sollte und die Streichung des § 2 des Entwurfs 1959 I keine grundsätzliche Haltungsänderung, also keinen Verzicht auf das Schuldstrafrecht als solches bedeuten muß.

2) Diese Regelung ging auf eine einstimmige Entschliesung der Teilnehmer an der ersten Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission im Jahre 1954 zurück. (Vgl. den Bericht Dreher in ZStW 66/568 ff. und Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 176 vom 14.9.54, S. 2). Sie ist daher schon im Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1956 enthalten. Dieser Beschluß ist Ausgangspunkt der Zurückverfolgung der maßgeblichen Meinungen über die Strafe gewesen (Vgl. S. 14 f.). Jetzt dient er als Ausgangspunkt für den Blick in die Zukunft auf das neue Strafgesetzbuch.

1) Mannheim in ZStW 71/181 ff. (188)

2) Mannheim betont, daß im englischen Recht mangels eines Allgemeinen Teils eines StGB dieser Grundsatz, der zwar unumstritten ist, keinen positiven Niederschlag im Gesetz gefunden hat.

Daß keine Bedenken gegen die grundsätzliche Regelung des § 2 Satz 1 Entw. 1959 I bestanden hätten, betont die Begründung zum Entwurf mit Nachdruck¹⁾. Die Streichung des § 2 in seiner Gesamtheit sei vielmehr auf dessen Satz 2 zurückzuführen. Der Satz 1, daß derjenige, der ohne Schuld handle, nicht bestraft würde, sei eine Selbstverständlichkeit und bedürfe keiner ausdrücklichen Hervorhebung im Gesetz²⁾, da der darin enthaltene Gedanke insbe-

1) Begründung zum Entwurf 1960, S.92

- 2) Bei Vermeidung der ausdrücklichen Hervorhebung von Grundsatzfragen im Gesetz spielt freilich oft folgende Überlegung eine Rolle:
Eine gesetzliche Regelung, die Grundsätzliches in aller Schärfe hervorhebt, läuft Gefahr, Einschränkungen zu machen, die in einer späteren Zeit, wenn sich die wissenschaftlichen Ansichten über eine noch gewissen Zweifeln unterliegenden und infolgedessen noch wandlungsfähigen Materie verändert haben, nicht mehr in der alten Form Verwendung finden können. Dem Richter ist jedoch dann ein enger gesetzlicher Rahmen vorgezeichnet, über den er nicht hinausgehen kann und den er beachten muß. Das bedeutet aber, daß der Gesetzgeber es vermeiden sollte, Grundsätzliches, das noch der Wandlung unterworfen sein kann, in starre Regelungen zu pressen, vor denen es kein Ausweichen gibt und die von vornherein jeder Auslegung eine enge Grenze setzen. Das heißt freilich nicht, daß aus einer Unsicherheit darüber, daß die Welt der sozialen Werte selber und nicht ihre Verletzung als das eigentlich Fragwürdige erscheint und man dieser Gegebenheit auf die Weise am leichtesten ausweicht, indem man der Lehre und Rechtsprechung alles zunächst noch Entwicklungsbedingte überläßt, Regelungen getroffen werden sollen, die jede konkrete Bestimmung vermeiden und alles offen lassen.

Von solchen Überlegungen ist jedoch der Entwurf 1960 offensichtlich nicht ausgegangen. Das geschah mit Recht, da die Frage des Schuldstrafrechts schon genügend Anlaß zu Streit und Unsicherheit gegeben hat. Jetzt ist es an der Zeit, hierin eine klare Stellung zu beziehen.

sondere aus den Vorschriften der §§ 15, 23 und 24 Entwurf 1960 hervorgehe¹⁾. Gegen den Satz 2, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht übersteigen dürfe, bestünden jedoch Bedenken. Da aber Satz 1 nur im Zusammenhang mit Satz 2 sinnvoll gewesen sei, wäre ersterer im neuen Entwurf auch nicht mehr berücksichtigt worden. Diese Darlegungen mögen genügen, um zunächst zu beweisen, daß die Beseitigung des § 2 Satz 1 Entw. 1959 I nicht grundsätzliche Fragen der Reform berührt und keine neue Haltung des Reformgesetzgebers zur Strafe als solcher in Form eines Verzichts auf das Schuldstrafrecht aufzeigen sollte²⁾.

Daß die Streichung des § 2 Satz 2 Entw. 1959 I allerdings Rückschlüsse auf die Einstellung des Reformgesetzgebers bezüglich des Verhältnisses von Strafe und Schuld zuläßt, soll erst später an entsprechender Stelle dargelegt werden.

Die Forderung des § 2 Satz 1 Entw. 1959 I ist jedoch im Entwurf 1960, wenn auch nicht in der gleichen Form wie vorher, enthalten³⁾. Das ergeben die weiteren Überlegungen.

b) Die Bedeutung des § 60 Entwurf 1960

Soweit ein Gesetz sich nicht ausdrücklich über seine Grundhaltung zum Schuldstrafrecht ausspricht, muß diese den

-
- 1) Als Beispiel für die Verwirklichung des Verschuldensprinzips im Entw. 1960 sind jedoch außer den von der Begründung angeführten Bestimmungen insbesondere noch folgende Regelungen zu nennen: § 22, der die im Entwurf vorgesehenen erhöhten Strafen für schwere Folgen der Tat auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen dem Täter oder Teilnehmer Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Ferner bildet § 34, wonach bei Beteiligung mehrerer am Verbrechen jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner eigenen Schuld strafbar sein soll, analog § 50 I des geltenden Rechts eine Bekräftigung des Verschuldensprinzips.
 - 2) Vgl. hierzu auch die richtige Stellungnahme Maurachs in seinem Gutachten zum 43. Juristentag, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, S. 10.
 - 3) Daher kann später auch auf die zu dem gestrichenen § 2 Satz 1 Entw. 1959 I ergangenen Ausführungen des Schrifttums verwiesen werden, da diese infolge des Weitergeltens der in § 2 Satz 1 enthalten gewesenen Gedanken noch in vollem Umfange zutreffen.

Vorarbeiten, literarischen Äußerungen und der Grundstruktur des Gesetzes entnommen werden. In letzterer Hinsicht kommt dann insbesondere in Betracht, ob das Gesetz dem Monismus, Dualismus oder einem gemischten System folgt.

Alle diese Hilfsbetrachtungen brauchen aber dann keine allzu große Beachtung zu finden, wenn eine ausdrückliche Regelung im Gesetz enthalten ist, die Aufschluß über dessen Grundhaltung bezüglich der Schuldfrage gibt.

Im Entwurf 1960 ist eine solche Bestimmung vorgesehen, die das Bekenntnis zum Schuldstrafrecht weiter ausdrücklich beinhaltet. § 60 I Entw. 1960 besagt: "Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters".

Zwar steht dieser § 60 I nicht an so exponierter Stelle wie der vorhergehende § 2 des Entwurfs 1959 I, sondern bei den Vorschriften über die Strafzumessung. Die Strafzumessung dient jedoch der Verwirklichung der Straffunktion. Sie ist die unmittelbare praktische Verwertung der Lehre vom Wesen und den Zwecken der Strafe. Daher können die dort dargelegten Regelungen auch bei der Betrachtung der Strafe als solcher Verwendung finden und Aufschluß über die Haltung des Reformgesetzgebers geben.

Der kurze Satz also, daß Grundlage der Zumessung der Strafe die Schuld des Täters zu sein hat, ist daher das Konzentrat der vielen Einzelauffassungen und Theorien über die Strafe. Er beinhaltet die Einstellung des Entwurfs 1960 zum Schuldstrafrecht.

Es ist auf den ersten Blick überraschend, daß diesem kurzen Passus des § 60 I u.a. eine so vielseitige und ungeheuerere Aufgabe zukommt. Jedoch läßt seine eindeutige Fassung bezüglich der Grundhaltung des Entwurfs 1960 im Hinblick auf ein Schuldstrafrecht als solches keine Zweifel aufkommen. § 60 I bekräftigt wörtlich und mit Nachdruck das an sich schon aus der gesamten Struktur des Entwurfs hervorgehende Bestreben, von einem Schuldstrafrecht im

Grundsätzlichen auszugehen¹⁾.

2. Das Verhältnis von Strafe und Schuld im Entwurf 1960

Der § 60 I spricht aber mit keinem Wort von der Erwägung, durch welche Mittel der Täter wieder in die Gemeinschaft eingegliedert werden kann bzw. ob die Strafe auch der Abschreckung dienen soll. Von den Strafzwecken der Spezial- und Generalprävention ist also nicht die Rede. Daß diese Zwecke der Strafe jedoch nicht unberücksichtigt bleiben können, ergibt sich daraus, daß ein moderner Staat auf die Probleme der Kriminalpolitik besonderen Wert legen muß. Diese Probleme liegen aber weitgehend in der General- und Spezialprävention begründet; denn mit der Bestrafung des Verbrechens nach dem Maß der Schuld dient der Staat lediglich der Gerechtigkeit. Er hat jedoch weiter auch die Aufgabe, Verbrechen zu verhüten und zu bekämpfen, und zwar durch Einwirkung auf die Gesamtheit der Rechtsgenossen (Generalprävention) und auf den einzelnen Täter (Spezialprävention).

Hierfür stehen dem Staat heute zwar die Maßregeln der Sicherung und Besserung zur Verfügung, jedoch vermögen diese nicht in allen Deliktsfällen Anwendung zu finden. Aber auch bei den Taten, die eine solche Maßregel nicht auszulösen vermögen, ist es angebracht, die Strafzwecke zu verfolgen. Daher steht stets immer wieder die Frage im Vordergrund, ob und inwieweit diese Zwecke das Maß der Strafe beeinflussen dürfen.

Die bisherigen Betrachtungen bezogen sich aber speziell nur auf eine Würdigung des Entwurfs 1960 dahingehend, ob grundsätzlich die Schuld Voraussetzung zur Verhängung einer Strafe zu sein hat.

Nachdem als primäre Voraussetzung die Schuld erkannt worden

1) Daß dieses ausdrückliche Bekenntnis des § 60 I zum Schuldstrafrecht noch indirekt in anderen Bestimmungen des Entwurfs 1960 enthalten ist, wurde oben S.122 Anm.1 schon hervorgehoben.

ist, muß nun weiter gefragt werden, in welchem Verhältnis diese Schuld zur Strafe zu stehen hat¹⁾.

Diese Frage ergibt sich aus der Tatsache, daß im geltenden Recht die Bestimmungen mit einer absolut bestimmten Strafdrohung, die Art und Höhe der Strafe eindeutig festlegt²⁾ nur sehr vereinzelt vorkommen, wohingegen die Regelungen mit einer relativ bestimmten Strafdrohung im Gesetz überwiegen. Diese relative Strafdrohung läßt dem Richter die Wahl zwischen verschiedenen Strafen. Ihm steht ein Strafrahmen zur Verfügung. Für jedes Delikt gibt es ein Strafminimum und ein Strafmaximum. Daher besteht theoretisch ohne weiteres die Möglichkeit, die Strafe der Schuld genau anzupassen; denn in der Praxis setzt menschliche Unzulänglichkeit und menschliches Erkenntnisvermögen der genauen Bestimmung eine Grenze.

Weiter ist es aber andererseits auch möglich, das Verhältnis von Strafe und Schuld nicht genau adäquat zu gestalten, sondern gewisse Abweichungen zuzulassen, die sich aus der Milderücksichtigung der Strafzwecke ergeben.

Welche Haltung der Entwurf 1960 zu diesen beiden zuletzt genannten Möglichkeiten einnimmt, soll im folgenden Gegenstand der Untersuchung sein³⁾.

Vorweg muß aber noch eine Theorie überprüft werden, die insbesondere von der Rechtsprechung als Lösung des gestellten Problems angesehen worden ist.

1) Maurach (a.a.O.S.13) meint hierzu, daß der Begrenzung des "Ob" der Strafe eine Beschränkung des "Wie" zur Seite zu treten habe.

2) Wenn erst einmal die Tatbestandsmäßigkeit des Delikts festgestellt ist und der Täter schuldig gesprochen ist, kann der Richter nur auf die im Gesetz vorgesehene Strafe erkennen, so z.B. beim Mord nach § 211 StGB, wo nur auf lebenslanges Zuchthaus erkannt werden kann. Milderungsgründe können hier nur im Gnadenwege Berücksichtigung finden.

3) Daß der Entwurf 1960 sich der Schwierigkeiten, die eine grundsätzlich nach der Schuld bemessene Strafe hinsichtlich der in ihr zu berücksichtigenden Strafzwecke bietet, also der Schwierigkeiten, die sich aus der "Anti-

a) Die Spielraumtheorie

Die sogenannte Spielraumtheorie ist insbesondere durch die schon oben¹⁾ erwähnte Entscheidung des BGH zum Ausgangspunkt von Kontroversen und Kritik geworden. Aber auch schon der oben²⁾ zitierte Beschluß der Großen Strafrechtskommission, der auf das später ergangene Urteil des BGH nicht ohne Einfluß geblieben sein dürfte, ist nach den Protokollen von der Erwägung ausgegangen, daß der Gedanke der gerechten Sühne dem Richter einen Spielraum läßt, innerhalb dessen die Strafzwecke der General- und Spezialprävention Berücksichtigung finden dürfen. Die der Schuld angemessene Strafe sei keine feste Größe, sondern in Wirklichkeit ein Rahmen zwischen zwei oder mehr oder weniger weit entfernten Größen³⁾.

nomie der Strafzwecke" ergeben, bewußt gewesen ist, beweisen die später anzuführenden Darlegungen in der Begründung zum Entwurf (S.92 und 171).

1) Vgl. S. 26 Anm.5, vgl. auch S.27 Anm.1

2) Vgl. S. 14 Anm.1

3) Der Gedanke eines Spielraums ist keineswegs jung. Er war schon im vorigen Jahrhundert Gegenstand von weiten Erörterungen. Vgl. hierzu Berner, Archiv für Kriminalrecht 1845, S.163 ff. (insbes.168/169): "Es liegt aber in dem Begriff des Maßes (als Einheit von Qualität und Quantität, Berner, a.a.O., S.168), daß die Quantität einen gewissen Spielraum habe, innerhalb dessen sie sich vermehren oder verringern kann, ohne den qualitativen Begriff, der sich in ihr verwirklicht, aufzuheben ... So bleibt auch die Strafe immer noch wahre Vergeltung, d.h. gerechte Strafe, mag nun die Quantität des sinnlichen Leidens um Etwas vermehrt oder verringert werden" (Berner, a.a.O., S.169). Weiter Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S.8.

In neuerer Zeit äußert sich insbesondere v.Hippel, DStR I, S.502) positiv zu diesem Thema: "Jede Abstimmung im Beratungszimmer über die Strafe, wie jede öffentliche oder private Kritik der Gerechtigkeit von Urteilen zeigt, daß gerechte Vergeltung sehr bedeutende Spielräume des Verhaltens gestattet". Vgl. ferner die bei v.Hippel, a.a.O., S.504, Anm.2 angeführte umfangreiche Literatur zum Problem des Spielraums.

Jedoch wurden auch schon in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission Bedenken gegenüber dieser Theorie vom Spielraum laut, weil dann die Frage ungelöst sei, wie der Richter in einem Fall zu verfahren habe, in dem weder spezial- noch generalpräventive Gesichtspunkte eine Rolle spielen; denn eine Schuldstrafe hätte auch dort in einer Rahmenstrafe zu bestehen. Eine solche relativ unbestimmte Schuldstrafe wäre aber unvollziehbar, da es keinen Gesichtspunkt gäbe, mit dessen Hilfe sie nachträglich konkretisiert werden könnte.

Noch gewichtigere Bedenken meldet Heinitz¹⁾ gegen den Gedanken eines nur rahmenmäßig bestimmten Schuldmaßes an. Dieses sei in sich widersprüchlich, hebe den Grundgedanken aus den Angeln und lasse ihn zur Formel erstarren; denn die schuldangemessene Strafe sei stets nur eine Größe, wenn auch das Erkenntnisvermögen des Richters nicht in der Lage sei, diese eindeutig zu bestimmen.

Diesem Gesichtspunkt von Heinitz ist durchaus zuzustimmen; denn im Grunde verleugnet eine solche nur rahmenmäßig bestimmte Schulldstrafe das mühsam erarbeitete Prinzip des Schuldmaßes. Die Gefahr liegt nahe, daß dieses Prinzip der schuldangemessenen Strafe eben wegen des nur rahmenmäßig bestimmbaren Schuldmaßes, wie Heinitz es klar erkennt, allmählich zur inhaltsleeren, bloßen Formel erstarrt, die im Grunde lediglich ein Nebeneinander von Vergeltung, Spezial- und Generalprävention beinhaltet.

Daß die Frage, wie sich bei einer Strafe nach dem Maße der sittlichen Schuld die kriminalpolitisch wichtigen Gesichtspunkte der General- und Spezialprävention berücksichtigen lassen, nicht von der Rahmentheorie gelöst werden kann, legt weiter in ausführlicher Form Schneidewin²⁾ dar. Auf seine Argumentation sei daher noch kurz eingegangen.

1) Heinitz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70/1 ff.

2) Schneidewin in JZ 55/506 ff., Anm. zum Urteil des BGH 7/28 ff.

Ausgehend vom schon mehrfach erwähnten Urteil des BGH¹⁾, der den Gedanken eines Spielraums zunächst nur im Zusammenhang mit § 51 II StGB erörtert, meint Schneidewin, daß dieser Gedanke auch über diese Besonderheit der Fälle des § 51 II StGB hinaus im allgemeinen Bedeutung gewinnen könnte. Das sei jedoch eine nicht zu unterschätzende Gefahr, da dadurch, daß jetzt praktisch drei Punkte, nämlich die beiden, die den Spielraum einschließen und der der schließlich festzulegenden Strafe, bestimmt werden müßten, eine neue Quelle von Fehlern und Rügen erschlossen würde. Im einzelnen wirkten sich letztere im Revisionsverfahren besonders hemmend aus.

M.E. führt hier Schneidewin die Spielraumtheorie ad absurdum. Selbstverständlich zeigt eine bewußte Übertreibung die Mängel besser auf, jedoch muß man erkennen, daß der BGH in seiner Entscheidung hier nicht so weit gehen wollte, daß diese zwei Begrenzungspunkte des Spielraums jeweils in der Begründung des Urteils miterwähnt und mit Gründen versehen werden sollten. Der BGH geht vielmehr von einem gedachten Spielraum aus, über den sich der Richter nach außen hin nicht äußert, sondern wie bisher nur eine Strafhöhe im Urteil erwähnt und begründet.

Spendel²⁾ spricht sich für die vom BGH vertretene Spielraumtheorie aus. Er betont, daß Schneidewins Kritik die Auffassung des BGH nicht erschüttern könne³⁾.

1) BGH 7/28 ff. = JZ 55/505 = NJW 55/ 190

2) Spendel in NJW 56/777. Weiter macht Spendel in seiner Habilitationsschrift "Zur Lehre vom Schuldmaß", S.176 ff. nähere Ausführungen zur Spielraumtheorie. Eine Besprechung dieser Schrift enthält der Aufsatz von Bruns in NJW 56/241 ff. (Vgl.insbes. S.242/243).

3) Lang-Hinrichsen (Gutachten für 43.Deutschen Juristentag zum Thema:"Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform", S.70, Anm.199) behauptet, daß die Einwände Schneidewins gegen die Spielraumtheorie nicht überzeugend erschienen.

Für die Entscheidung des BGH 7/28' ff. spricht sich auch Mezger in LK I S.388 unter Anm.13a zu § 51 aus.

Aber nicht nur die insbesondere von Schneidewin geäußerten Bedenken technischer und prozeßökonomischer Art geben Anlaß, gegen diese Spielraumtheorie mit aller Entschiedenheit vorzugehen. Auch das Ansehen des Richterspruchs würde darunter leiden, wenn dieser bekennen müßte, daß an Stelle der verhängten Strafe noch eine andere, strengere oder mildere, richtig und gerecht gewesen wäre; denn ein Angeklagter wird nicht einsehen, daß er eine solche Strafe erdulden muß, obwohl eine mäßigere Sühne genügt hätte¹⁾.

Zur Lösung des Problems, wie eine grundsätzlich nach der Schuld bemessene Vergeltungsstrafe auch bei Erforderlichkeit noch die Strafzwecke der General- und Spezialprävention mitberücksichtigen kann, ist, wie dargelegt, die Spielraumtheorie nicht geeignet. Es muß also diese Theorie verworfen und nach anderen Möglichkeiten gesucht werden.

b) Die Lösungswege

Dem Reformgesetzgeber bieten sich lediglich zwei Wege an, wenn er von der unbedingten Notwendigkeit der Berücksichtigung präventiver Strafzwecke ausgeht:

- aa) Entweder muß das Strafsystem um ein Maßnahmesystem erweitert werden, das so lückenlos ausgestaltet ist, daß eben jeder Täter mit einer Maßnahme belegt werden kann, wenn es spezial- oder generalpräventive Zwecke

1) Jagusch (LM zu § 358 StPO Nr.14) betont ganz richtig, daß die Vorstellung unerträglich ist, daß unter zu-treffender Beachtung aller Zumessungsgründe sowohl eine Strafe von 8 wie auch eine solche von 10 Jahren Zuchthaus "richtig" sein könne. "Gerecht" sei stets nur eine einzige, eine bestimmte Strafe; nur man müsse sich begnügen, sich ihr mit menschlichen Erkenntnismitteln und Maßen optimal zu nähern (vgl. auch Breetzke in DRiZ 55/289). Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, in ZStW 70/41 ff. betont (S.57): "Es ist eben unendlich schwer zu sagen, was eine Tat wert ist". Jedoch darf dieser treffende Satz Hall's nicht zur Resignation oder Gleichgültigkeit bei der Straffestsetzung führen.

erfordern bzw. muß die Strafe mit der Maßregel in einer Sanktion vereinigt werden,

- bb) oder es muß, wenn bestimmte kriminalpolitische Zwecke dazu zwingen, vom Maß der Schuldstrafe abgewichen werden.

Zum ersten Lösungsweg ist zu sagen, daß die Erweiterung des Strafsystems um ein völlig lückenloses Maßnahmensystem bis jetzt nicht ernsthaft in Erwägung gezogen worden ist. Der Gedanke allerdings, nicht neben das Strafsystem ein lückenloses Maßnahmensystem treten zu lassen, sondern die Strafe mit der Maßnahme zu vereinigen, ist immer wieder und mit Nachdruck vertreten worden¹⁾.

Die Forderung, an Stelle des zweispurigen Systems des geltenden Rechts ein einspuriges zu setzen, wurde mit dem Hinweis auf die ausländischen Regelungen²⁾, insbesondere auf das stark betonte Zweckstrafrecht, wie es von der *défense sociale*³⁾ erstrebt wird, das nur die Täterpersönlichkeiten kriminologisch erfassen möchte, schon früher und auch noch heute erhoben.

Das Ergebnis einer solchen Vereinigung von Strafe und Maßnahme wurde in der unbestimmten Verurteilung gesehen; denn eine Verschmelzung dieser beiden Sanktionen führt von selbst zu einer Strafe von unbestimmter Dauer. Eine Strafschärfung allein könnte eine solche Vereinigung nicht bewirken.

Der Begriff der unbestimmten Verurteilung steht nicht einheitlich fest. Man versteht darunter sowohl die Verhängung

1) Vgl. insbes. die auf S. 118 Anm. 1 Zitierten

2) Vgl. hierzu die Zusammenstellungen von Freudenthal, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts, Bd. III, S. 251 ff. Weiter Meins, Die unbestimmte Verurteilung im Jugendstrafrecht, 1939, S. 17 ff.; Mannheim, Deutsche Strafrechtsreform in englischer Sicht, S. 25.

3) M. Ancel, La Défense Sociale Nouvelle, Paris 1954, S. 101 ff.

einer zeitlich nicht festbestimmten Strafe wie auch die Anordnung einer zeitlich nicht feststehenden sichernden oder bessernden Maßnahme. Hier interessiert die unbestimmte Verurteilung lediglich in ihrer Bedeutung als Strafe.

Bezüglich dieser zeitlich unbestimmten Strafe werden herkömmlicherweise zwei Formen unterschieden. Sie kann absolut oder relativ unbestimmt sein. Absolut unbestimmt ist sie, wenn weder eine Mindest- noch eine Höchstdauer festgelegt ist. Relativ unbestimmt ist sie dann, wenn von vornherein entweder ein Maximum oder ein Minimum besteht oder aber nach beiden Seiten eine Begrenzung vorhanden ist.

Im Gegensatz zur Strafe im bisher üblichen Sinne soll bei der unbestimmten Verurteilung zur Zeit der Urteilsverkündung die Dauer der Strafe also noch nicht feststehen, sondern erst im Laufe des Strafvollzuges endgültig darüber entschieden werden¹⁾.

Zu dieser Form der Vereinigung von Strafe und Maßregel hat sich der Entwurf jedoch nicht entschließen können; denn damit würde dann allerdings das gewonnene Schuldprinzipat wieder völlig preisgegeben²⁾. Die Strafe würde sich zum Teil als Maßregel mit allen präventiven Funktionen darstellen.

1) Des näheren soll jedoch auf die Probleme des Monismus gegenüber dem Dualismus des geltenden Rechts nicht eingegangen werden, da eine solche Erörterung zwangsläufig die Gegenüberstellung von Strafe und Maßregel und die umfangreichen und weittragenden damit zusammenhängenden Probleme zum Gegenstand haben müßte. Im Rahmen dieser Arbeit soll aber die Strafe als solche im Vordergrund stehen und nicht weitgreifende Erörterungen über die Maßregeln angestellt werden, was bei näherem Eingehen auf die Einspurigkeit und ihre Probleme unbedingt erforderlich würde. Vgl. hierzu auch die eingangs S. 118 gemachten Bemerkungen.

2) Dünnebier in ZStW 72/40: "Daß die Sicherungsstrafe die - bewußte - Abkehr von einem strengen Schuldstrafprinzip bedeutet, ist nicht zu verkennen".

Der Entwurf scheint vielmehr den zweiten unter bb) aufgezeigten Weg wählen zu wollen. Dies geht insbesondere aus der Begründung zum Entwurf 1960 hervor¹⁾. Die dort dargelegten Gedanken sollen daher in verkürzter Form erörtert werden.

Zunächst betont die Begründung, wie schon eingangs hervor-
gehoben, daß der Entwurf sich zum Schuldstrafrecht bekenne.
Dessen Sinn liege aber, so heißt es weiter, nicht nur darin,
daß die Schuld ausgeglichen werde. Die Strafe habe zugleich
die Aufgabe, die Rechtsordnung zu bewahren. Ausserdem diene
sie bestimmten kriminalpolitischen Zwecken, in erster Linie dem
Zweck, künftige Straftaten zu verhüten. Alle diese Zwecke würden
aber zum Teil von selbst durch die Strafe erreicht: Jedoch sei es
auch möglich, diese in einzelnen Fällen durch Art und Maß der
Strafe besonders anzustreben. So gebe es Fälle, in denen es
gerecht erscheine, eine gewisse Überschreitung des Schuldmaßes
zuzulassen, um dadurch eine nachhaltigere Wirkung auf den
Täter zu ermöglichen. Andererseits könne aber die Strafe auch
hinter dem Maß der Schuld zurückbleiben. In beiden Fällen dürfe
sich die Strafe jedoch nicht so weit von dem durch die Schuld
gebotenen Maß entfernen, daß sie ihrem Kern nach nicht mehr
als Schuldstrafe angesehen werden könne. Sie müsse also ihrem
Wesen nach Schuldstrafe bleiben.

Später bei § 60 führt dann die Begründung noch ergänzend
aus, daß im Entwurf eine genaue Entsprechung zwischen der
Schwere der Schuld und der Strafe weder gefordert würde
noch gefordert werden könne. Eine Abweichung nach oben oder
unten dürfe nur in einem solchen Ausmaß geschehen, daß die
Strafe ihrem Wesen nach noch immer Ausgleich für Schuld
bleibe. Die verhängte Strafe dürfe sich also von dem durch die
Schuld allein gebotenen Maß nicht zu sehr entfernen.

1) Vgl. Begründung zum Entwurf 1960, S.92 und 171

Eine Feststellung kann an Hand dieser Ausführungen der Begründung zunächst ohne weiteres gemacht werden. Die Strafe kann hiernach nur eine Größe sein, wobei allerdings die Möglichkeit bestehen soll, mit Rücksicht auf general- oder spezialpräventive Zwecke von dieser abzuweichen. Diese Stellung des Entwurfs hat also mit einer Rahmentheorie und den dieser anhaftenden oben kritisierten Mängeln nichts zu tun. Ebenso ist aber auch von einer Vereinigung von Strafe und Maßregel in einer Sanktion, die beide Funktionen erfüllt, in der Begründung keine Rede, d.h. jedoch, daß der Entwurf 1960 den oben unter bb) aufgezeigten Weg wählt.

Daß dieser Weg große Gefahren in sich birgt, soll zunächst aufgezeigt werden. Wenn nämlich in Sonderfällen eine Unter- wie auch Überschreitung der Schuldstrafe von nicht unerheblichem Ausmaß möglich wäre, käme eine solche Handhabung im Grunde einer Strafe gleich, die sowohl die Schuld wie auch die präventiven Zwecke - wenn auch hier in besonderen Fällen - mitberücksichtigt. Sie bedeutete insofern einen Rückschritt zu einer nicht am Schuldprinzip streng festhaltenden "gemäßigten" relativen Theorie¹⁾.

Damit stellte der Entwurf keinen neuen Lösungsweg zur Diskussion, sondern ginge entgegen der herrschenden Meinung und den bis dahin erzielten Ergebnissen dieser wohlbegründeten Auffassung gerade wieder vom Vergeltungsprinzip ab. Da aber die überwiegende Zahl der in den Beratungen vertretenen Rechtsgelehrten keineswegs eine solche Lösung befürwortet haben kann, muß nachgeforscht werden, ob nicht die Begründung doch im Grunde eine andere Position beziehen wollte.

Hierbei ist es nötig zwei Fragen zu unterscheiden:

- 1) Muß die Schuld des Täters stets ausgeschöpft werden und an dem Satz "Keine Schuld ohne Strafe" immer festgehalten werden, d.h. darf nicht in Sonderfällen

1) Vgl. oben S.22 unter Ziff.2

die Strafe die Schuld unterschreiten?

- 2) Darf die Strafe die Schuld des Täters in besonderen Fällen überschreiten, d.h. darf das durch die Schuldvergeltung gezogene Limit zum Nachteil des Täters manchmal unbeachtet bleiben?

c) Die Unterschreitung der Schuldgrenze

Der Entwurf 1960 bietet außer der Begründung, die, wie oben erwähnt, betont, daß es Fälle gebe, in denen ein Zurückbleiben hinter dem durch die Schuld gebotenen Strafmaß gerecht erscheine, noch weitere Anhaltspunkte, die seine Haltung zu der oben unter 1) gestellten Frage erraten lassen.

Schon die im Entwurf 1959 I enthaltene Regelung des § 2 Satz 2, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten dürfe, konnte, da von der Unterschreitung keine Rede war, den Schluß zulassen, daß eine solche grundsätzlich möglich sein sollte. Die Interpretation dieses § 2 Satz 2 durch Lang-Hinrichsen¹⁾ weist in diese Richtung. Dort wird betont, es ginge aus dieser Regelung des § 2 Satz 2 hervor, daß das Maß der Schuld nicht überschritten werden dürfe, jedoch der Richter erwägen könne, ob er hinter der dem Schuldmaß entsprechenden Strafe zurückbleiben solle, soweit dies mit den Zwecken der Strafe vereinbar sei.

Die dann erfolgte Streichung des § 2 Entwurf 1959 I kann aber keineswegs als Absicht des Reformgesetzgebers, die Unterschreitung der Strafe jetzt nicht mehr zuzulassen, gewertet werden; denn eine Abweichung bei der Strafbemessung aus Gründen der Spezialprävention nach unten kann nicht durch die Beseitigung der Begrenzung nach oben, wie dies durch Streichung des § 2 Satz 2 geschehen ist, verhindert werden. Aus der Streichung des § 2 Satz 2 des Entwurfs 1959 I ist also nichts gegen eine Unterschreitung der

1) Lang-Hinrichsen, a.a.O. S.63

Schuldgrenze herzuleiten.

Dem § 60 I Entwurf 1960 kann auch nichts entnommen werden, da diese Vorschrift zu unergiebig für die spezielle Frage ist.

Weiter muß aber noch ein Argument positiver Natur Erwähnung finden, das für die These spricht, die Schuld brauche durch die Strafe nicht ausgeschöpft zu werden. Durch die Beibehaltung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung in § 71 des Entwurfs 1960 ist der Satz "Keine Schuld ohne Strafe" nicht lückenlos durchgeführt worden.

Bei der Strafaussetzung zur Bewährung des § 71 wird aus spezialpräventiven Gründen aus der Vermutung heraus, daß der Täter sich die Verurteilung zur Warnung dienen lasse¹⁾ und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde, die Schuld durch die Strafe nicht voll ausgeschöpft. Hierbei spielen insbesondere die Gesichtspunkte der Strafwürdigkeit des Täters eine große Rolle. Bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen ist ihnen Beachtung zu schenken.

Als Argument dafür, daß im Entwurf 1960 die Schuld durch die Strafe nicht immer voll ausgeschöpft wird, ist das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung auch dann geeignet, wenn man es nicht als eine Strafsanktion betrachtet?²⁾

1) Eine ähnliche Formulierung gebraucht § 53 Entwurf 1960

2) Über die Rechtsnatur dieser erstmals durch das Gesetz vom 4.8.53 eingeführten Regelung besteht heftiger Streit. Auf diese Probleme kann jedoch hier nicht näher eingegangen werden. Erwähnt seien beispielsweise nur einige Auffassungen: Eb. Schmidt (Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 435/436) will in ihr eine Maßregel sehen. Bockelmann (Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, S. 43) nennt sie eine typisch täterrechtliche Maßnahme. Maurach (AT, S. 640): "Eine richterliche Anordnung, die im formalen Gewande einer Sonder-Freiheitsstrafe materiell eine Besserungsmaßregel darstellt". Dreher in ZStW 65/493: "Koppelung von bessernder Maßregel und Strafe", Dünnebieber in ZStW 72/32 ff. will sie als Mischsanktion betrachtet wissen, die einspurig interpretiert werden muß. Eine Strafzumessungsregel sehen in der Strafaussetzung zur Bewährung die bei Maurach (AT, S. 640) als herrschende Meinung zitierten Autoren und Entscheidungen.

denn die Strafaussetzung zur Bewährung verändert, ganz gleich, was für eine Rechtsnatur man ihr beilegt, den Vergeltungscharakter der Strafe, bei der sie Anwendung findet, da der Täter die an sich verwirkte Strafe bei Bewährung nicht zu verbüßen braucht. Insofern wird also schon mit der Anwendung dieses Instituts die im Einzelfalle zur Diskussion stehende Strafe aus spezialpräventiven Gründen in ihrem Schuldgehalt abgeändert, also die Schuld des Täters mit einer solchen zur Bewährung ausgesetzten Strafe nicht ausgeschöpft.

Maurach¹⁾ will aber in der Strafaussetzung zur Bewährung keine Abweichung vom Schuldprinzip sehen, da aus der systematischen Anordnung des § 72 I des Entwurfs 1959 II (jetzt § 72 I Entwurf 1960) hervorginge, daß die in Betracht zu ziehenden Umstände eine gewisse Rangfolge darstellen, der vom Standpunkte des Schuldstrafrechts aus zuzustimmen wäre; denn in erster Linie entfalle die Strafaussetzung nach § 72 I dann, wenn das besondere Maß der Schuld des Täters eine Vollstreckung gebiete. Sekundär erst käme dem Strafzweck, der Begehung von Straftaten entgegenzuwirken, Bedeutung zu. In der praktischen Konsequenz würde daher bei besonders schwerer Schuld die Strafaussetzung auch dann zu versagen sein, wenn mit Sicherheit feststünde, daß auch die bloße Drohung mit der bedingt ausgesetzten Strafe den Verurteilten auf den Weg der Gesetzmäßigkeit zurückbringen werde.

Diese Argumente Maurachs sind jedoch dem § 72 des Entwurfs 1959 II (bzw. 1960) entnommen und vermögen daher nur darzutun, daß bei besonderer Schuld eine Aussetzung zur Bewährung nicht möglich ist. In den sonstigen Fällen, in denen zwar Schuld, jedoch nicht in besonderem Maße, gegeben ist, greift die Vorschrift des § 71 I Entwurf 1959 II (bzw. 1960) ein. In diesen Fällen könnte aber die Argumentation

1) Maurach, Gutachten, a.a.O., S. 35 ff. Da §§ 71 und 72 hinsichtlich der von Maurach vorgebrachten Argumente im Entwurf 1960 nicht geändert worden sind, können dessen Ausführungen, die zu § 72 Entwurf 1959 II ergangen sind, hier verwertet werden.

Maurachs, ausgehend von § 72 I, nicht eingreifen; denn hier wird nur auf Grund spezialpräventiver Gesichtspunkte eine Aussetzung des Vollzugs, also eine Beseitigung des spürbaren Strafübels, vorgenommen.

Die Aufnahme des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung in den Entwurf 1960 kann also als weiterer Hinweis darauf betrachtet werden, daß im neuen Entwurf eine Unterschreitung der Schuldgrenze in gewissen Fällen möglich sein soll.

Diese Möglichkeit, die Schuld aus Gründen der Spezialprävention zu unterschreiten, widerspricht aber nicht unbedingt der Ansicht der Anhänger der Vergeltungsstrafe.

Beling¹⁾ hat hierauf schon früher treffend hingewiesen, wenn er ausführt: "Längst haben Strafgesetzgebung und klassische Strafrechtswissenschaft den Vergeltungsgedanken mit dem Zweckgedanken verbunden, längst ist man praktisch wie theoretisch darüber einverstanden, daß nicht jede Art von schuldhaftem Unrecht zu strafen ist, und daß bei dem strafbar erklärten schuldhaften Unrecht das Strafmaß nicht unbedingt die Höhe des Vergeltungsmaßes erreichen muß, daß vielmehr die Vergeltung insoweit als sie "zwecklos" wäre, zu unterbleiben hat".

Freilich stellt sich die Unterschreitung der Schuldgrenze auch als ein Abgehen vom Schuldmaß dar, jedoch bildet eine solche nicht den entscheidenden Ansatzpunkt der Kritik der Vergeltungstheoretiker. Dieser liegt in der Überschreitung des Schuldmaßes, da sich die Anhänger der Vergeltungsstrafe im Grunde hauptsächlich gegen den Gedanken einer Erhöhung der Strafe aus Gesichtspunkten, die mit der Schuld des Täters nichts zu tun haben, wehren; denn eine Abweichung unter die Schuldgrenze birgt nicht die Gefahren in sich, die eine Überschreitung mit sich bringt.

Der Haltung des Entwurfs, aus spezialpräventiven Gründen, aus Gesichtspunkten der Strafwürdigkeit und Strafbedürftig-

1) Beling, Methodik der Gesetzgebung, 1922, S.111

keit, vom Schuldmaß in gewissen Fällen nach unten abzuweichen, kann daher unter den von der Begründung hervorgehobenen Voraussetzungen, daß sich die Strafe dabei nicht so weit vom Schuldmaß entfernen dürfe, daß sie in ihrem Kern nicht mehr als Schuldstrafe angesehen werden kann, zugestimmt werden.

d) Die Möglichkeit einer Überschreitung der Schuldgrenze

Bei Prüfung der zweiten Frage ist wiederum ein Eingehen auf die Bedeutung der Streichung des § 2 Satz 2 Entwurf 1959 I am Platze; denn wenn die Bestimmung, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht übersteigen dürfe, im neuen Entwurf 1960 nicht mehr enthalten ist, kann darin ein Hinweis auf die nunmehr mögliche Überschreitung des Schuldmaßes durch die Strafe gesehen werden.

Daß dieser Gedanke bei Beseitigung des § 2 Satz 2 Entwurf 1959 I tatsächlich eine Rolle gespielt hat, geht aus der Begründung zum Entwurf 1960 hervor¹⁾. Es heißt dort, daß gegen den § 2 Satz 2 Bedenken bestünden, da er den Eindruck erwecke, daß die Schuld eine feste Größe sei, der eine feste Maßzahl der Strafe entspreche. Es sei aber bedenklich, Rechtsprechung und Schrifttum an eine solche Auffassung zu binden; denn wenn der Satz gelten würde, daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten dürfe, so wäre nach oben eine unübersteigbare Schranke gesetzt. Es gäbe jedoch Fälle, in denen eine gewisse Überschreitung des Schuldmaßes gerecht erscheine, um eine nachhaltigere Wirkung auf den Täter zu ermöglichen. Mit Rücksicht auf kriminalpolitische Zwecke müsse also die Möglichkeit bestehen, die der Schuld entsprechende Strafe zu überschreiten.

Diese Überschreitung der Schuldgrenze soll allerdings, wie aus der Begründung hervorgeht, den gleichen Beschränkungen unterliegen wie eine Unterschreitung derselben. Die Strafe

1) Begründung zum Entwurf 1960, S.92 und 171

darf also nicht so weit vom Schuldmaß abweichen, daß sie ihrem Wesen nach nicht mehr als Schuldstrafe betrachtet werden kann. Sie muß also gerechter Ausgleich für menschliche Schuld bleiben, indem sie sich von dem durch die Schuld gebotenen Maß nicht zu sehr entfernt.

Außer der Begründung sind im Entwurf im einzelnen keine Anhaltspunkte in Form der bei der unter c) behandelten Frage angeführten Strafaussetzung zur Bewährung zu erkennen. § 60 I Entwurf 1960 ist, wie schon oben erwähnt, zu farblos und daher zu unergiebig, um konkrete Schlüsse auf die Haltung des Entwurfs 1960 in der hier gestellten Frage zu ermöglichen.

Wie schon ausgeführt¹⁾, weisen mehrere Bestimmungen zwar auf die grundsätzliche Stellung des Entwurfs zum Schuldprinzip als solchem hin, jedoch ist diesen Bestimmungen nichts darüber zu entnehmen, ob in besonderen Fällen die Schuld auf Grund präventiver Zweckerwägungen überschritten werden kann.

Die Begründung stellt also den einzigen Hinweis auf die Haltung des Entwurfs 1960 dar. Aus ihr geht aber hervor, daß eine Überschreitung des Schuldmaßes in besonderen Fällen unter gewissen Voraussetzungen möglich sein soll²⁾.

1) Vgl. oben S. 122 Anm. 1

2) An Stimmen, die diese Haltung begrüßen, fehlt es nicht. So spricht sich z.B. Heinitz in ZStW 70/17 für diese Haltung des Entwurfs aus, indem er betont, daß man sich nicht scheuen sollte, gewissen Tätergruppen gegenüber das Schuldprinzip zu überschreiten. So auch schon Heinitz in ZStW 65/27 (siehe oben S. 24 Anm. 1). Auch Dreher-Maassen (S. 17) meint in neuester Zeit, daß aus den präventiven Zwecken, der Beeinflussung des Täters und der Abschreckung Dritter, Strafen verhängt werden müßten, die im Rahmen des Gerechten über das durch die Schulschwere gebotene Maß hinauszugehen hätten. Dünnebier, der ein beschränkt einspuriges System fordert, meint in ZStW 72/34 ff., daß der Entwurf 1960 sich der kriminalpolitischen Notwendigkeit, über den Schuldrahmen hinaus strafrechtlich wirken zu müssen, bewußt sei. Da jedoch ein konsequentes Schuldstrafrecht nicht durchführbar sei, könne auch die zwar vom Entwurf geforderte,

e) Zusammenfassung und Kritik

Alle die bisher angestellten Betrachtungen zeigen, daß der Entwurf 1960 keinen völlig neuen Lösungsweg zum Problem der Autonomie der Strafzwecke beschreitet. Jedoch muß erkannt werden, daß er auch nicht den Rückschritt zu einer "gemäßigten" relativen Theorie tut, indem er sowohl die Schuldvergeltung als auch die präventiven Zwecke als gleichberechtigte Faktoren bei Festlegung der Strafe nebeneinander stellt. Der Entwurf 1960 bemüht sich vielmehr, die kriminalpolitischen Forderungen in für das Schuldprinzip möglichst "schmerzloser" Weise zu erfüllen. Primär versucht er, das Problem der Berücksichtigung der Strafzwecke unter Zuhilfenahme des Systems der Maßregeln, das er bedeutend erweiterte und verfeinerte, zu lösen. In gewissen Fällen, in denen keine Maßnahmen eingreifen können, jedoch präventive Zwecke zu erfüllen sind, meint der Entwurf, sei es angebracht, über das Maß der Schuld in gemäßigter Form hinauszugehen bzw. dahinter zurückzubleiben. Diese Abweichungen dürften aber nicht in einem Ausmaß vorgenommen werden, daß die Strafe ihrem Wesen nach nicht mehr für Schuld ergehe und sie sich von dem Schuldmaß im Grunde entferne.

Der Entwurf nimmt damit eine Haltung ein, die in der Mitte zwischen dem Standpunkt, daß neben der Vergeltung alle Strafzwecke gleichzeitig und gleichberechtigt Berücksichtigung finden dürfen und der Auffassung, daß die Schuld stets und immer die unüberschreitbare Grenze jeder Strafe bildet, ihre Position bezieht.

Gegenüber der ersten Auffassung stellt der Entwurf 1960 sich auf den Standpunkt, daß die Schuld oberster Richtpunkt für die Zumessung der Strafe sei. Sie soll also in

notwendige reinliche Scheidung von Strafe und Maßregel nicht innegehalten werden. Deshalb sei schon bei dem Strafsystem das Schuldprinzip verlassen worden. Das bedeutet aber, daß in gewissen Fällen präventive Zwecke in der Strafe mitberücksichtigt werden können und insoweit die Strafe über das Maß der Schuld erhöht werden muß.

ihrem Wesen Schuldstrafe sein und darf hinter dem Maß der Schuld nicht zu weit zurückbleiben, d.h. aber, daß lediglich geringe Abweichungen vom Schuldprinzip, "in Fällen, in denen es gerecht erscheint, eine gewisse Über- oder Unterschreitung des Schuldmaßes zuzulassen", möglich sein sollen. In diesen besonderen Fällen weicht also der Entwurf von der Auffassung eines reinen Schuldprinzips ab.

Kritisch ist zu bemerken, daß der Entwurf mit seiner oben dargelegten Haltung eine recht labile Position bezieht; denn sobald der im Teil I herausgearbeitete Schuldgrundsatz, der selbst die geringen Konzessionen des Entwurfs 1960 an die Zweckstrafe vermeidet, im Hinblick auf Präventionszwecke verlassen wird, besteht die Gefahr, daß wiederum eine rückläufige Entwicklung in Richtung auf die Lisztsche Zweckstrafe einsetzt.

Diese Gefahr ist aber schon dadurch gegeben, daß der Entwurf die Möglichkeit einräumt, "in gewissem Maß" bzw. "nicht zu weit" aus präventiven Gründen vom Schuldprinzip abzuweichen¹⁾. Dieses "gewisse Maß" wird aber nicht näher bestimmt und wie weit also eine Abweichung möglich ist, muß dem Ermessen des Richters anheimgestellt werden. Dieses Ermessen ist jedoch wandelbar und wird individuell verschieden behandelt, je nach der Einstellung, die der einzelne zu den Strafzwecken hat.

Daher ist die Haltung des Entwurfs 1960 nicht eine sehr glückliche; denn jede Erhöhung der Strafe über das Schuldmaß hinaus, läßt diese ihren Charakter, sozialetischer Tadel zu sein, verlieren, da sich jede Strafe, die über das Verschulden aus präventiven Gründen hinausgeht, als Strafe ohne Schuld darstellt. Insofern ist es auch bedeutungslos, daß die Strafe, wie oben dargelegt, grundsätzlich vom Vorliegen einer Schuld als solcher abhängig bleibt. Wer eine Straftat begeht und damit Schuld auf sich lädt, schafft damit noch nicht die Berechtigung, daß seine verwirkte

1) Vgl. Begründung zum Entwurf S.92 u.171

Strafe zum Teil aus kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitsgründen erhöht werden darf; denn insoweit steht er einem gänzlich Unschuldigen gleich, dem eine Strafe auferlegt wird¹⁾.

Wenn es stets gesichert wäre, daß nur in ganz beschränktem Rahmen über das Maß der Schuld hinausgegangen würde, so könnte die Regelung des Entwurfs 1960 als eine gute Lösung der "Antinomie der Strafzwecke" betrachtet werden. Diese Sicherheit in Form eines "Nicht-zu-weit-gehens" ist jedoch keineswegs immer vorhanden. Eine genaue Bestimmung der möglichen Abweichungen vom Schuldprinzip durch das Gesetz ist aber auch nicht möglich, da die Einzelfälle eine zu große Variationsbreite haben.

Daher ist es nötig, im Entwurf eine klare Stellung zu beziehen, die m.E. selbst bei Hinnahme von Mängeln, die sich aus der Antinomie der Strafzwecke ergeben, in einem unbedingten und klaren Festhalten an dem Satz, daß die Strafe die Schuld nicht überschreiten dürfe, liegen muß.

Jede andere Lösung birgt die Gefahr in sich, daß die von der herrschenden Meinung herausgearbeiteten Grundsätze über die Schuldstrafe, wie sie oben im Teil I dargelegt wurden, im Ergebnis wieder beseitigt werden; denn die großen Schwierigkeiten noch so zentraler Einzelprobleme dürfen nicht dazu führen, die Grundentscheidung in Frage zu stellen, wenn diese der allgemeinen geistigen Lage der Zeit und ihren Tendenzen entspricht.

3. Die Idee der Lebensführungsschuld im Entwurf 1960

Kurz sei noch auf die Stellung des Entwurfs 1960 zur Idee der Lebensführungsschuld eingegangen. Wenn der Entwurf gegenüber der Lebensführungsschuldidee keine feste Position bezieht und somit diese Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung überläßt, so ist dies nicht zu beanstanden.

1) Vgl. Bockelmann, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.I, S.41

An diesem Punkte ist die Entwicklung noch nicht abgeschlossen und bietet daher Anlaß, noch keine starren Regelungen aufzustellen, von denen es kein Abweichen gibt.

Eine klare Entscheidung für das reine Schuldstrafrecht, wie sie vom Reformgesetzgeber verlangt werden muß, löst dieses Problem im Prinzip noch nicht, sondern stellt es zur Diskussion mit der Frage: "Was ist Schuld?"

Mit Recht hat Bockelmann¹⁾ darauf hingewiesen, daß auch der Vorwurf mangelnder Gewissensanspannung, mangelnden Einsatzes der sittlichen Wertvorstellungen, der Kern also der heute in der Praxis herrschenden Schuldtheorie²⁾, ein Stück Lebensführungsschuld umfaßt, da dem Täter diese Fähigkeiten und Vorstellungen im Augenblick der Tat nicht mehr zu Gebote stehen, wenn er sich ihnen vorher entfremdet hat.

Da sich aber dieser Gedanke von der Lebensführungsschuld schon heute deutlich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur abzeichnet und eine rechtliche Begründung wohl möglich ist, wird er auch Eingang in ein neues StGB finden..

Maurach³⁾ behauptet zwar, daß im Entwurf dem Gedanken der Lebensführungsschuld ebenso wie dem Täterstrafrecht eine deutliche Absage erteilt worden sei. Dies gehe aus der Skala der Zumessungsgründe des § 60 Entwurf 1959 II⁴⁾ hervor. Die dort gebrauchte Wertfolge⁵⁾ entspreche einem aus-

1) Bockelmann, a.a.O., S.35/36

2) Vgl. BGH 2/194 ff.(200/201) und BGH 4/1 ff.(5)

3) Maurach, Gutachten, a.a.O., S.28

4) § 60 II des Entwurfs 1959 II hat denselben Wortlaut wie § 60 II des Entwurfs 1960. Daher haben die Ausführungen Maurachs auch für den Entwurf 1960 zu gelten.

5) Namentlich kommen nach § 60 II Entw.1959 II und 1960 in Betracht: die Beweggründe und die Gesinnung des Täters, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben sowie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, das Verhalten nach der Tat und die Wiedergutmachungsbemühungen.

gereiften Tatschuldstrafrecht und damit der kriminalpolitischen Grundhaltung des Entwurfs. Bei näherer Betrachtung des Entwurfs muß jedoch gesagt werden, daß der Lebensführungsschuldidee keineswegs eine so klare Absage erteilt worden ist. Die Begründung¹⁾ meint, daß der Entwurf den Grundsatz "weitgehend" durchführe, daß im Blickpunkt des Strafrechts im engeren Sinne vor allem die Tat stehe. Im "allgemeinen" sehe er davon ab, eine Lebensführungsschuld des Täters, die nicht in der Tat zum Ausdruck komme, zur Grundlage schärferer Bestrafung zu machen.

Diese Begründung ist also so zu verstehen, daß im besonderen doch die Lebensführungsschuldidee anklingt; denn gerade die Zumessungsgründe des § 60 II, die Maurach zur Unterstützung seiner These von der völligen Bereinigung des Entwurfs vom Täterstrafrecht und der Lebensführungsschuld benutzt, weisen Elemente auf, die auf eine Lebensführungsschuld schließen lassen. Die Gesinnung z.B., die in einer Tat zum Ausdruck kommt²⁾, entspringt zum Teil einem Persönlichkeitsverfall. Der Täter hat es versäumt, der Ausbildung einer solchen Gesinnung entgegenzuwirken. Die Gesinnung ist also u.a. durch eine verfehlte Lebensführung hervorgerufen worden.

Ebenso verhält es sich mit dem in § 60 II Entwurf 1959 II und 1960 erwähnten Vorleben des Täters und seinen persönlichen Verhältnissen. Diese Umstände haben zu seinem jetzigen So-Sein mit beigetragen.

Die Tatschuld wird also hier bei der Strafzumessung durch Elemente der Lebensführungsschuld ergänzt bzw. ersetzt. Die Begründung³⁾ sagt hierzu, daß der Begriff der Lebensführungsschuld für die Strafzumessung insoweit Bedeutung gewinne, als sich eine solche Schuld auf die Tat selbst ausgewirkt habe.

1) Vgl. Begründung zum Entwurf 1960, S.93

2) In § 62 Entwurf 1959 I war noch deutlicher von der Gesinnung und Willensrichtung des Täters die Rede.

3) Vgl. Begründung S.171 Sp.1

Das genügt aber, um darzulegen, daß die Idee der Lebensführungsschuld im neuen Recht nicht völlig verschwinden, sondern ihre Stellung insoweit behaupten wird, als die berechtigt, angebracht und erforderlich ist.

II. Der Wegfall des § 20 a und die Rückfallneuregelung im Entwurf 1960

Da der Entwurf 1960, wie schon dargelegt wurde, im Grundsätzlichen vom Schuldprinzip ausgeht, ist es verständlich, daß die Vorschrift des § 20 a des geltenden Rechts nicht mehr in ihrer alten Form darin auftaucht; denn die Gefährlichkeit als völlig schuldfremdes Element kann im neuen Gesetz mit seinem grundsätzlichen Festhalten am Schuldprinzip keine Verwendung mehr finden. Insofern, als damit dem Gefährlichkeitsbegriff zu Leibe gerückt wird, tritt eine Bereinigung der von Engisch¹⁾ so treffend bezeichneten "Quadratur des Zirkels" ein.

Die völlige Beseitigung der Vorschrift des § 20 a ohne jeden Ersatz ist jedoch im Entwurf weder vorgesehen noch beabsichtigt. Daß eine gewisse Übernahme der in § 20 a enthalten gewesenen Elemente in den Entwurf erfolgt sein muß, geht schon daraus hervor, daß § 20 a im Jahre 1933 nur deshalb in das Gesetz eingeführt wurde, weil die bis dahin allein geltenden Rückfallbestimmungen als unzureichend empfunden wurden. Eine Streichung des bisherigen § 20 a ohne irgendwelche Neuregelungen zur mehrmaligen Begehung von Straftaten im Entwurf konnte also ernstlich nicht zur Debatte stehen; denn außer dem in einem Schuldstrafrecht als unhaltbar empfundenen Begriff der Gefährlichkeit enthält der § 20 a durchaus verwertbare Elemente.

Inwieweit letztere in dem neuen Entwurf wieder auftauchen und welche neuen Wege über die bisher geltenden Regelungen hinaus beschritten wurden und nicht zuletzt beschrít-

1) Engisch in ZStW 66/361

ten werden sollten, soll im folgenden erörtert werden.

Der Entwurf 1960 versucht die Lücke, die durch die Streichung der Vorschrift des § 20 a entstanden ist, auf zwei Arten zu schließen:

- 1) Die 4 bisher im Gesetz vorhandenen Rückfallregelungen werden in einer allgemeiner gehaltenen Vorschrift, dem § 61 Entwurf 1960 vereinigt¹⁾.
- 2) In den Abschnitt über die Maßregeln der Sicherung und Besserung ist mit § 85 Entwurf 1960 eine Vorschrift über die Sicherungsverwahrung von Hangtättern aufgenommen worden, die den geltenden § 42 e ersetzen soll.

Das Augenmerk soll daher auf diese beiden Bestimmungen gerichtet werden.

1. Die Vorschrift des § 85 Entwurf 1960

Da die Vorschrift des § 85 Entwurf 1960 sich als Maßregel darstellt, im Rahmen dieser Arbeit aber die Strafprobleme allein interessieren, kann diese Bestimmung hier keine ausführliche Behandlung erfahren.

-
- 1) Die Neuregelungen über berufsmäßige Begehung (berufsmäßiger Diebstahl § 238 Entwurf 1960, Raub § 246 I Nr.4 Entwurf 1960, Betrug § 254 II Entwurf 1960 und Hehlerei § 287 II Entwurf 1960) bei den vier Delikten, bei denen im geltenden Recht eine spezielle Rückfall-schärfung vorgesehen ist, sollen keineswegs als teilweiser Ersatz der alten Rückfallregelungen dienen. Sie stellen lediglich eine Ergänzung der im geltenden Recht vorhandenen gewerbsmäßigen strafbegründenden Taten der §§ 285, 302 e, 361 Ziff.6a-c, der gewerbsmäßigen strafscharfenden Taten der §§ 175a Ziff.4, 260, 292 III, 293 III, 302 d, der strafbegründenden gewohnheitsmäßigen Taten der §§ 150, 180, 181 a, 284 II, 302 e und der geschäftsmäßigen Tat des § 144 dar, die auch zum großen Teil in den Entwurf übernommen wurden.
Die Begründung zum Entwurf 1960 (S.375) hebt die Bedeutung dieser berufsmäßigen Taten hervor, indem sie betont, daß diese Delikte eines berufsmäßigen Verbrechers im Durchschnitt von anderer Art seien, als die des Gelegenheitsverbrechers, die eine solche Intensität an verbrecherischem Willen nicht aufweisen würden.

Erwähnung muß sie allerdings deshalb finden, weil darzulegen ist, daß die Maßregeln durch die Streichung des § 20 a keine entscheidende Einbuße erleiden. Eine solche wäre nämlich gegeben, weil die Anwendung des § 42 e vom Vorliegen des § 20 a abhängig ist und zwangsläufig mit dessen Streichung auch die Sicherungsverwahrung des § 42 e StGB ihr Ende finden würde.

Weiter muß auch gezeigt werden, daß eine gewisse Ähnlichkeit dieser Sicherungsverwahrung des Entwurfs mit der Regelung des § 20 a besteht. In § 85 Entwurf 1960 ist allerdings der Begriff des Hangtätlers an die Stelle des Begriffs des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers getreten¹⁾. Hangtäter ist hiernach, wer infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit oder für einzelne andere gefährlich ist.

Damit hat auch der Begriff der Gefährlichkeit die richtige Stellung im Gesetz bei den Maßregeln erhalten.

Die Begründung²⁾ meint zu diesem Ersatz des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers durch den Hangtäter, daß § 85 damit den im geltenden Recht verwendeten Begriff des Gewohnheitsverbrechers ablöse, der zur Fehldeutung Anlaß geben könnte, indem man darunter einen Täter verstehe, der nur durch Gewöhnung einen Hang zu Straftaten entwickelt habe³⁾; denn für die Anordnung der Sicherungsverwahrung käme es nur darauf an, ob ein solcher Hang bestehe, ohne Rücksicht darauf, wie er entstanden sei und ob er et-

1) Eb.Schmidt in ZStW 69/389: " ... Hangtäter, wie wir jetzt den bisher so genannten gefährlichen Gewohnheitsverbrecher nennen werden ..."

2) Begründung zum Entwurf 1960, S.203

3) Vgl. hierzu die schon früher geübte Kritik am Begriff des Gewohnheitsverbrechers (oben S.34 Anm.1). Der Entwurf 1960 versucht demnach schon rein terminologisch Verbesserungen vorzunehmen, was zu begrüßen ist.

wa anlagemäßig bedingt sei oder sich erst durch Gewöhnung, Neigung, Übung oder auf andere Weise entwickelt habe.

Im übrigen genügt es, darauf hinzuweisen, daß auch dieser § 85 Entwurf 1960 Gegenstand heftiger Kritik ist¹⁾.

2. Die Rückfallneuregelung des § 61 im Entwurf 1960

Eingehender ist die Vorschrift des § 61 Entwurf 1960 zu würdigen. Zunächst fällt hierbei auf, daß der Rückfall des § 61 sich unmittelbar an die Vorschrift über die Strafzumessung im Entwurf anschließt und im Kapitel über die Strafbemessung zu finden ist. Das bedeutet jedoch keineswegs, daß es sich beim Rückfall des Entwurfs um Strafzumessungsgründe, wie Bockelmann²⁾ sie in den Rückfallsbestimmungen des geltenden Rechts sehen will, handelt.

Vielmehr scheint sich auch die neue Vorschrift über den Rückfall als Strafschärfung für erhöhte Schuld darzustellen³⁾. Ehe jedoch auf die Schuld- und damit die Straffrage, die den Kernpunkt der hier zu führenden Erörterungen zu bilden hat, eingegangen wird, muß eine Darstellung der zunächst ins Auge fallenden formellen Unterscheidungsmerkmale der neuen Rückfallbestimmung zu den Regelungen des geltenden Rechts erfolgen.

1) Vgl. z.B. Heinitz in ZStW 70/18, der dort betont, daß diese Bestimmung umstritten sei und in der Diskussion über sie darauf hingewiesen wurde, daß man im Ausland auch ohne sie auskomme.

Vgl. im übrigen Bruns, Die Maßregeln der Sicherung und Besserung im StGB Entwurf 1956, ZStW 71/242 f., weiter Schmidt in ZStW 69/389 ff. und die Begründung zum Entwurf S.203 ff.

2) Bockelmann, Studien II, S.3

3) Maurach betont in seinem Gutachten (a.a.O., S.30), daß die neue Rückfallbestimmung mit dem geltenden Recht dem Sinne nach übereinstimme, jedoch im Gegensatz dazu eine präzise Formulierung des schuldsteigernden Charakters des Rückfalls aufweise.

a) Die formellen Voraussetzungen des Rückfalls
im Entwurf 1960

Der Entwurf erhebt im Gegensatz zum geltenden Recht den Rückfall zum allgemeinen Strafschärfungsgrund¹⁾. Die enge Beschränkung des geltenden Rechts auf die vier bekannten Deliktsgruppen und die Voraussetzung gleicher und ähnlicher Vortaten wird in § 61 Entwurf 1960 fallen gelassen. Hier soll vielmehr jede dritte Verurteilung zur Rückfallstrafe führen ohne Rücksicht darauf, ob der Täter vorher mehrfach Delikte gleicher, gleichartiger oder völlig verschiedener Art begangen hat.

Bezüglich dieser Vortaten kommt es nicht, wie bei den bisherigen Regelungen auf eine Verbüßung der Strafe an, sondern es genügen die bloßen Verurteilungen wegen zweier Vorsatztaten, die mindestens auf je 3 Monate Freiheitsstrafe gelaftet haben müssen. Die Rückfalltat muß jedoch mit Gefängnis bedroht sein, d.h. daß bei der abzuurteilenden Tat Strafhafte (§ 43 i.V.m. § 47 Entwurf 1960) nicht ausreicht.

Ähnlich der Regelung des § 20 a IV sollen die Verurteilungen durch ein ausländisches Gericht den inländischen Urteilen im Gegensatz zu den geltenden Rückfallbestimmungen, die nur inländische Urteile berücksichtigten, gleichstehen. § 61 III Entwurf 1960 bestimmt jedoch einschränkend, daß die im Ausland abgeurteilten Taten sich nach deutschem Recht mindestens als Verbrechen oder vorsätzliche Vergehen darstellen müßten.

Als Einschränkung der bisherigen Regelung des § 245 StGB ist im Entwurf zur Verjährung nur noch ein 5-jähriger Zeitraum vorgesehen, der allerdings jetzt auch im Gegen-

1) Maurach (a.a.O., S. 31) bezeichnet dieses Eingreifen des Rückfalls bei beliebigen Vorverurteilungen als den "neuralgischen Punkt", der im Mittelpunkt der Kritik stehe. Auf diesen Punkt soll später noch näher eingegangen werden.

satz zu der in diesem Punkt unbefriedigenden Regelung des § 245 zwischen der ersten und zweiten Tat gilt. Auch eine weitere bisherige Lücke des geltenden Rechts wird durch § 61 II,2 Entwurf 1960 in Anlehnung an die Regelung des § 20a III,3 StGB geschlossen, indem man in die Verjährungsfrist die Zeit, in der der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wurde, nicht mit einrechnet¹⁾.

So weit gehen die Betrachtungen über die formellen Abweichungen vom geltenden Recht, die beweisen, daß die Rückfallregelung eine bedeutende und durch den Wegfall des § 20a notwendig gewordene Erweiterung und Vervollständigung erfahren hat.

b) Die Strafe des Rückfalls im § 61 Entwurf 1960

Die Frage der Strafe und Schuld des Rückfalltäters, die zunächst zurückgestellt worden war, ist nun einer näheren Überprüfung zu unterziehen, da diese Erörterungen besonders geeignet sind, die grundlegenden Unterschiede zum bisher geltenden § 20a aufzuzeigen. Maurach²⁾ betont, daß eine Rechtfertigung des Rückfalltatbestandes im Entwurf durch den geplanten Fortfall des § 20a StGB verfehlt sei, da beide Bestimmungen auf verschiedenen Ebenen lägen. Die schwerere Bestrafung des Rückfälligen sei eine auf Schuldsteigerung beruhende erhöhte Schuldstrafe, wohingegen die Strafe des § 20a wegen Gefährlichkeit, also einem schuld fremden Merkmal, ergehe.

Die Begründung³⁾ äußert sich in richtiger Form: denn sie spricht lediglich von der Notwendigkeit einer allgemeinen Rückfallvorschrift nach Streichung des § 20a. Das heißt

1) Vgl. hierzu auch Maurach, Gutachten, a.a.O., S.30 ff. und Bindokat in ZStW 71/281 ff.

2) Maurach, a.a.O., S.32

3) Begründung, S.172

keineswegs, daß der § 20 a in seiner bisherigen Form durch die Rückfallbestimmung ersetzt werden könnte, sondern vielmehr, daß das neue Rückfallrecht lediglich Lücken mitzuschließen habe, die durch die Beseitigung des § 20 a entstehen.

Eine solche Lücke stellte aber vor Einführung des § 20 a in das StGB und demnach auch wieder jetzt nach dessen Beseitigung insbesondere die Beschränkung der Bestrafung für Wiederholungsfälle auf die geltenden 4 Rückfallbestimmungen dar.

Eine allgemeine Rückfallregelung, die im Gegensatz zu § 20 a dem Schuldgedanken das gebührende Recht einräumt, war daher geboten.

Hierbei ist allerdings die Frage von Bedeutung, inwieweit zu einer solchen allgemeinen Rückfallbestimmung nicht eine Erweiterung des Schuldbegriffs erforderlich wird.

Zunächst ist daher zu prüfen, ob sich eine Rückfallregelung in der jetzt vom Reformgesetzgeber in § 61 Entwurf 1960 gewählten Form auf Grundlage der Einzeltatschuld durchführen läßt.

Die Begründung nimmt zu diesem Problem folgendermaßen Stellung¹⁾: § 61 stelle auf eine erhöhte Einzeltatschuld ab, die darin liege, daß der Täter sich die früheren Verurteilungen nicht habe zur Warnung dienen lassen. Diese Warnung könne aber bei verschiedenartigen Taten nur dann ausgelöst werden, wenn diese in einem inneren Zusammenhang stünden. Fehle also ein solcher innerer Zusammenhang, so hätten die früheren Verurteilungen vielfach nicht als Warnung für den Täter dienen können, und eine Strafschärfung käme dann in solchen Fällen nicht in Frage.

An diesem Abhängigkeitsverhältnis, in welches die Begründung die Warnung durch frühere Taten und den inneren Zusammenhang der Vortaten mit der Rückfalltat stellen möchte, wurde mit Recht schon Kritik geübt.

1) Begründung, S. 172/173

Bindokat¹⁾ betont, daß sich die Begründung zum Entwurf in einem *circulus vitiosus* bewege, wenn sie behaupte, daß der innere Zusammenhang dann gegeben sei, wenn sich der Täter die früheren Verurteilungen nicht zur Warnung habe dienen lassen. Dies sei nichtssagend, da man mit dem gleichen Recht deduzieren könne, daß nur dann, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den Taten bestehe, sich der Täter die früheren Verurteilungen zur Warnung habe dienen lassen müssen; denn als einzig mögliches Kriterium des inneren Zusammenhanges käme die Verwandtschaft zwischen den einzelnen Straftaten in Betracht.

Wenn man diesen Gedanken Bindokats zu Ende führt, so heißt das aber, daß bei den bisherigen Rückfallregelungen, bei denen der innere Zusammenhang immer bestand, da es sich um gleiche oder gleichartige Delikte handelte, dieser auch immer dann vorlag, wenn sich herausstellte, daß sich der Täter die früheren Verurteilungen nicht zur Warnung dienen ließ. Bei den bisherigen Rückfallregelungen war also dann, wenn das Kriterium der vergeblichen Warnfunktion der Vortaten vorlag, auch stets der innere Zusammenhang zwischen letzteren gegeben.

Vermutlich hat sich also die Begründung auch jetzt von diesem bei den früheren Rückfallregelungen zwangsläufig durch deren Konstruktion vorliegenden Zusammentreffen von innerem Zusammenhang und vergeblicher Warnfunktion leiten lassen, obwohl bei der neuen Bestimmung des § 61 Entwurf 1960 keineswegs stets ein solches Zusammentreffen der beiden Kriterien stattfinden muß.

Daher betont auch Maurach²⁾ zutreffend, daß das Merkmal der fehlgeschlagenen "Warnungsfunktion", die die beiden Vorverurteilungen zu erfüllen hatten, nicht unbedingt zur Konstruktion eines "inneren Zusammenhanges" zwischen den

1) Bindokat, Zur Rückfallstrafe *de lege ferenda*, in ZStW 71/286

2) Maurach, Gutachten, a.a.O. S.32

beiden Vorverurteilungen und der auslösenden dritten Tat zwingt. Eine "Warnung" würde durch jede Verurteilung, übrigens auch wegen fahrlässiger Taten, ausgesprochen, ohne daß es dabei auf irgendeine Wesensverwandtschaft der Delikte ankäme.

Da nun in § 61 Entwurf 1960 selbst dann, wenn feststeht, daß der Täter sich die Vorverurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen¹⁾, noch keineswegs bewiesen ist, daß ein innerer Zusammenhang zwischen den verschiedenen gearteten Taten vorliegt, muß dieser, im Gegensatz zu den geltenden Rückfallregelungen, wo er wegen der Gleichheit oder Gleichartigkeit der Delikte immer als gegeben angenommen werden konnte²⁾, jetzt noch gesondert nachgewiesen werden, um zur Strafschärfung wegen erhöhter Einzeltatschuld zu gelangen³⁾.

Ein Absehen von diesem inneren Zusammenhang würde aber auch ein Festhalten an der Einzeltatschuld zunichte machen; denn ohne jede Beziehung zueinander könnten verschieden geartete Delikte nicht den Nachweis eines inten-

-
- 1) Eine Warnung durch eine Vorverurteilung wird jedoch schwerer nachzuweisen sein als eine Warnung durch vorherige Verbüßung, auf die es bei den bisherigen Rückfallregelungen ankam.
 - 2) Daß bei den bisherigen Regelungen über den Rückfall dieser innere Zusammenhang zwischen den einzelnen Taten nicht immer ausdrücklich neben dem Kriterium der vergeblich erteilten Warnung Erwähnung fand, ist darauf zurückzuführen, daß er bei gleichen oder gleichartigen Delikten als selbstverständlich vorliegend angesehen wurde.
 - 3) Daß auch auf dem 3. Internationalen kriminologischen Kongreß in London im Jahre 1955 die Tendenz unverkennbar war, außer gewissen technischen Voraussetzungen, Bedingungen nicht technischer Art, wie z.B. den inneren Zusammenhang zwischen den Straftaten zu setzen, legt Mannheim in seinen Betrachtungen zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches, ZStW 71/192, dar.
Über den Rückfall und die Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechertums im ausländischen Recht berichtet Geerds, Mat.II, Allgemeiner Teil, S.175 ff.

sivierten verbrecherischen Willens bezüglich der abzuurteilenden Einzeltat erbringen. Sie wären allenfalls in der Lage, einen Hang zu verschiedenen Straftaten gegebenenfalls nachzuweisen.

Daß jedoch dieser innere Zusammenhang, der auf jeden Fall dann, wenn man an der Einzeltatschuld festhalten will, gefordert werden muß, keineswegs problemlos ist, soll im folgenden gezeigt werden.

Hierbei ist insbesondere mit Maurach¹⁾ die nicht von der Hand zu weisende Gefahr hervorzuheben, daß durch die Feststellung eines inneren Zusammenhanges eine Überforderung des Strafrichters eintritt und dadurch § 61 Entwurf 1960 zu einem Fall tatrichterlicher Ermessensfreiheit wird.

Bindokat²⁾ äußert sich ganz eindeutig, indem er erklärt, daß dieses Kriterium des inneren Zusammenhanges so ungenau sei, daß es die Strafschärfung weitgehend in das Ermessen des Richters stelle und daher wegen Abgrenzungsschwierigkeiten unbrauchbar sei.

Maurach geht also nicht so weit, sondern hebt lediglich die Schwierigkeiten hervor, die die Erforschung dieses "inneren Zusammenhanges" insofern schon biete, als man sie sowohl von den Motiven des Täters als auch von der objektiven Tendenz der Straftat her vornehmen könne. Maurach will diesen Schwierigkeiten jedoch nicht aus dem Wege gehen, sondern den inneren Zusammenhang nach der objektiven Tendenz der Straftaten bestimmen, wobei er zur Unterstützung schwer erfaßbarer Fälle die Rechtsprechung zur alternativen Tatfeststellung³⁾ nutzbringend verwerten möchte, nach welcher der innere Zusammenhang stets bei "rechtsethisch und psychologisch vergleichbaren Sachverhalten" zu bejahen sein würde.

Daß Maurach auch trotz der sich bietenden Hindernisse ei-

1) Maurach, Gutachten, a.a.O. S.133

2) Bindokat in ZStW 71/286 ff.

3) Vgl. Maurach, LB AT, S.88 f.

nen Lösungsweg sucht, um die für den Nachweis des Rückfalls als Einzeltatschuld erforderliche Verbindung zwischen den Vortaten und dem abzuurteilenden Delikt herstellen zu können, ist, von seiner Haltung aus beurteilt, die Lebensführungsschuld und alle die Tatschuld erweiternden Begriffe aus dem neuen Strafgesetzbuch zu verbannen, durchaus verständlich und konsequent. Jedoch vermag auch ein solcher Lösungsvorschlag nicht die Mängel, die der notwendigen Feststellung des inneren Zusammenhangs anhaften, zu beseitigen; denn letzteren festzustellen, ist eine Aufgabe, die bei der oft großen Verschiedenartigkeit der Delikte ohne jedes Ermessen wohl kaum möglich sein dürfte.

Daher ist es erforderlich, an dieser Stelle zu fragen, ob sich der Gedanke der Einzeltatschuld bei einer Rückfallregelung, wie sie der § 61 Entwurf 1960 darstellt, und die ohne den inneren Zusammenhang zwischen den Vortaten und dem abzuurteilenden Delikt nicht zu einer Bestrafung wegen größerer Schuldintensität kommen kann, überhaupt verwirklichen läßt. Der innere Zusammenhang ist zwar grundsätzlich geeignet, eine erhöhte Einzeltatschuld nachzuweisen, jedoch fehlt es ihm andererseits an der nötigen genauen Bestimmbarkeit, indem er dem Ermessen des Richters zu viel Raum gewährt. Eine mögliche Erhöhung auf das Doppelte der sonst zulässigen Höchststrafe kann aber nicht von einer Ermessensentscheidung in weitem Maße abhängig gemacht werden.

Die bis hierher gemachten Erörterungen haben bewiesen, daß eine allgemeine Rückfallregelung auf der Grundlage der Einzeltatschuld große Schwierigkeiten bereitet und sich nur unter Schaffung von Fehlerquellen, die in einem schwer nachzuprüfenden Ermessen liegen, durchführen läßt.

3) Der Lösungsweg

Daher erhebt sich nunmehr die Frage, wie eine "Rückfallsregelung" auszusehen hat, die diese dargelegten Schwierigkeiten in bestmöglicher Form bewältigt.

Die Lösung muß hierbei in der Richtung gesucht werden, die M.E.Mayer¹⁾ schon auf dem 28.Deutschen Juristentag aufzuzeigen sich bemühte und die vorher Radbruch²⁾ in der Form forderte, daß die Strafschärfung wegen Rückfalls durch eine solche wegen Gewohnheitsmäßigkeit zu ersetzen sei.

Der Gesetzgeber war im Jahre 1933 weit über dieses Ziel hinausgegangen und hatte einen völlig schuld fremden Faktor, die Gefährlichkeit, zum mitentscheidenden Element der Strafschärfung des § 20 a gemacht.

Die Forderung M.E.Mayers³⁾ stellt sich folgendermaßen dar: Der Rückfall kann nur als Symptom der Gewohnheitsmäßigkeit Beachtung finden. Als solches hat er eine Eigenschaft, die für Symptome unerlässlich ist: leichte und sichere Feststellbarkeit. Jedoch fehlt es dem Rückfall als Symptom an der Zuverlässigkeit; denn nicht jeder Rückfällige ist ein Gewohnheitsverbrecher, da jemand durchaus mehrere Male gelegentlich eine Straftat begangen haben kann. Die Strafschärfung ist daher lediglich dann zu verhängen, wenn sich aus der Rückfälligkeit, also der mehrmaligen Begehung von Delikten wirklich mit Sicherheit ein Hang zu Straftaten, also eine bestimmte Charaktereigenschaft des Täters ergibt.

Dieser Vorschlag M.E.Mayers ist in seiner grundsätzlichen Tendenz zum Ausgangspunkt des Lösungsvorschlags zu machen. Die bisher vom Reformgesetzgeber beabsichtigte Lösung will die erhöhte Strafe des Rückfälligen nach seinem einzeltatlichen Verschulden bemessen, also lediglich auf neue Tat abstellen, die dem Täter deshalb zu besonderem Vorwurf gereicht, weil er sich durch die vorangegangenen Bestrafungen nicht von ihr abhalten ließ.

Da sich aber bei einer allgemeinen Rückfallregelung, wie dargelegt, am Einzeltatschuldprinzip nur mit größten

1) Vgl. oben S. 99 Anm.1

2) Radbruch, VDA III, S.214

3) M.E.Mayer, LB, S.484/485

Schwierigkeiten festhalten läßt, sollte man die ohnehin kaum vermeidbare Konsequenz ziehen und nicht die Einzelstat als solche dahingehend ins Auge fassen, ob sie einen besonders intensiven Schuldgrad aufweist, sondern sie bezüglich des Umstandes überprüfen, ob sie nicht ein Glied in der Kette von Delikten, die mit den Vortaten begannen, darstellt und insofern symptomatisch auf einen Hang des Täters zu Straftaten hinweist.

Das bedeutet allerdings dann die Beibehaltung der Regelung des § 20 a insoweit, als dieser noch mit der Charakterschuld, wie sie Englisch zur Diskussion gestellt hat, also mit einem Schuldstrafrecht in einem erweiterten Sinne, als vereinbar angesehen wird¹⁾. Das heißt aber nichts anderes, als daß die Vorschrift des geltenden § 20^a von ihren prognostischen Elementen zu befreien ist²⁾. Weiterhin bedeutet das aber auch ein Abweichen vom Tatschuldprinzip, da jetzt auf ein Charaktermerkmal des Täters, einen Hang zur Wiederholung von Rechtsbrüchen, abgestellt wird.

Selbst die Begründung zum § 61 Entwurf 1960 scheint sich von einem solchen Gedanken der Berücksichtigung charakterologischer Momente bei einem ungleichartigen Rückfall, wie ihn dieser Paragraph darstellt, nicht völlig lösen zu können.

Wenn die Begründung hervorhebt³⁾, daß auch der Täter besonders strafwürdig erscheine, der ungleichartige Taten begehe, und gleich anfügt, daß bei einem solchen Rückfall gerade kriminelle Neigungen des Täters von besonderer Stärke offenbart würden, so gibt diese Stellungnahme des

1) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S.64-69

2) Der Terminus "Gewohnheitsverbrecher" müßte freilich durch einen treffenderen Ausdruck ersetzt werden, da er, wie die Begründung zum § 85 Entwurf 1960 zutreffend hervorhebt, insofern zur Fehldeutung Anlaß gibt, als man darunter lediglich einen Verbrecher, der durch Gewöhnung einen Hang zu Straftaten entwickelt habe, verstehen könne.

3) Begründung zum Entwurf 1960, S.172

Entwurfs durchaus zu Bedenken Anlaß; denn damit macht die Begründung doch eine Charaktereigenschaft des Täters, die kriminelle Neigung, d.h. einen Hang zu Verbrechen verschiedener Art, zum mitentscheidenden Faktor beim ungleichartigen Rückfall. Eine solche Haltung ist jedoch offenbar vom Entwurf nicht beabsichtigt, da aus den weiteren Ausführungen der Begründung hervorgeht, daß bei § 6¹ Entwurf 1960 streng am Tatschuldprinzip festgehalten werden soll.¹⁾

Jedoch geht aus dieser zweideutigen Stellungnahme hervor, daß es gerade beim ungleichartigen Rückfall, selbst bei Berücksichtigung aller über dieses Institut gewonnenen Erkenntnisse und Lösungsvorschläge, kaum möglich ist, täterbezogene Elemente völlig auszuschneiden und lediglich auf die intensivierte höhere Einzeltatschuld abzustellen, da, wie oben ausgeführt, insbesondere der "innere Zusammenhang" größte Schwierigkeiten bereitet. Die Strafschärfung bei einem Täter, der wegen verschiedenartiger Delikte rückfällig wird, gegebenenfalls auf Grund seines Hanges zur wiederholten Begehung von Rechtsbrüchen zu verhängen, hat also durchaus Sinn, und es besteht, wie dargelegt, sogar eine gewisse Notwendigkeit, zu einer solchen Regelung zu kommen.

Freilich soll dabei nicht verkannt werden, daß die Feststellung solcher charakterologischer Momente auch mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, die zu bewältigen die heute schon gut entwickelte Persönlichkeitsforschung jedoch in der Lage sein dürfte. Auf jeden Fall ist es besser, auf Grund nicht nachweisbaren Hanges zu einer Freisprechung des Täters zu gelangen, als den Täter wegen Rückfalls zu bestrafen, indem man einen "inneren Zusammenhang" zwischen den Vortaten und dem eigentlichen Rückfall-

1) Begründung, a.a.O.: "§ 6¹ stellt daher auf eine erhöhte Tatschuld ab, die darin liegt, daß sich der Täter die früheren Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen".

delikt als gegeben erachtet, obwohl dieser im Grunde gar nicht vorhanden ist und der Täter lediglich aus verschiedenen nicht zusammenhängenden Anlässen heraus mehrere Taten hintereinander begangen hat.

Die allgemeine Rückfälligkeit, in der vom Entwurf 1960 vorgesehenen Weise, ist also, da sie eine Bestrafung in einer Vielzahl von Fällen bei gewissen formellen Voraussetzungen weitgehend vom Ermessen des einzelnen Richters abhängig macht, sehr dazu geeignet, auch Fehlurteile hervorzurufen, die sich dann wirklich als Strafen ohne Schuld darstellen würden.

Besser ist es daher, an Stelle des Rückfalls in dem im Entwurf 1960 beabsichtigten Sinne eine Vorschrift zu setzen, die eine erhöhte Strafe für diejenigen vorsieht, die auf Grund eines ihnen innewohnenden Hanges zum Verbrechen Delikte verschiedener Art begehen.

Lebenslauf

Ich wurde am 15. August 1935 als Sohn des Lehrers Johannes Dörrbecker und seiner Ehefrau Johanna geborene Trommer in Bad Lausick, Bezirk Leipzig, geboren. Dort wurde ich am 28. August 1941 in die achtstufige Volksschule aufgenommen, die ich 6 1/2 Jahre lang besuchte. Von Ostern bis Herbst 1948 besuchte ich die dreiklassige Volksschule in Caßdorf, Kreis Fritzlar-Homberg, wohin sich mein Vater hatte versetzen lassen. Am 24. September 1948 legte ich die Aufnahmeprüfung für die Untertertia des realgymnasialen Aufbauzuges der August-Vilmar-Schule in Homberg, Bezirk Kassel, ab, an der ich nach 6 1/2 jährigem Besuch am 9. März 1955 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich an der Philipps-Universität in Marburg a.d. Lahn ein Semester, an der Johann Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt a.M. zwei Semester und an der Ludwig-Maximilians-Universität in München sechs Semester Rechtswissenschaft. Hier bestand ich am 11. Januar 1960 die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 16. März 1960 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare.

